Das Rückgriffsrecht des Bürgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

AGAD
LUGO.BAT.
BIBL.

Kurt Roth,

Referendar in Lähn.

BRESLAU, 1903.

Druck von Th. Schatzky, Neue Graupenstrasse No. 5.

Meinen lieben Geschwistern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **Einleitung:** Begriff der Bürgschaft. Plan der Darstellung . . 9

Erster Teil.

Das Rückgriffsrecht des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

Erster Abschnitt.

Frühere und ausserdeutsche Rechte.

Erstes Kapitel: Das römische Recht.

§ 2. Der Rückgriff auf Grund eines Rechtssatzes 11
§ 3. Der Rückgriff auf Grund eines Rechtsverhältnisses 13
§ 4. Der Rückgriff auf Grund eines Rechtsgeschäfts 23
§ 5. **Zweites Kapitel:** Das germanische Recht 29
§ 6. **Drittes Kapitel:** Das gemeine Recht 31
§ 7. **Viertes Kapitel:** Neuere Kodifikationen 32

Zweiter Abschnitt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 8. Voraussetzung des Rückgriffsrechts 36
§ 9. Inhalt des Rückgriffsrechts 46
§ 10. Ausschluss des Rückgriffsrechts 50

Zweiter Teil.

Das Recht des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung.

§ 11. Das Befreiungsrecht im Allgemeinen 60
§ 12. Das Befreiungsrecht nach früheren Rechten 63
§ 13. Das Befreiungsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 66

Litteraturverzeichnis.

Abegg, Der Einfluss des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen, Erlanger Dissertation, 1896.

v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., 2. Bd., 1889.

Baron, Pandekten, 6. Aufl.

Bechmann, Der Kauf, 1. Abt.

Brinz, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Aufl., 2. Bd., 1. Abt., 1879.

Brockhues, Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellter Pfänder, Erlanger Dissertation, 1896.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1. Bd.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Aufl., 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1902.

Cujacius, Operum tom. VI, in libr. sing. respons.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., 2. Bd., 1900.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, 5. Aufl., 2. Bd.

Dernburg, Bürgerliches Recht, 2. Bd., 1. und 2. Aufl., 1899.

Donellus, Commentariorum de jure civili, tom. III, 1763.

Ebert, Schuldverhältnisse in Fischer-Henle's Handausgabe des BGB., 5. Aufl., 1902.

Eisele, Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt., Bd. 5, S. 1 ff.

F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., 1. Bd., 1899.

W. Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 2. Aufl., 1876.

Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 26.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 7 Aufl., 2. Bd.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, 1894.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, 1850.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 20.

Goldschmidt, Ueber den Einfluss von Teilzahlungen eines Solidarschuldners auf die Rechte des Gläubigers, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 14, S. 397 ff.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Habicht, Die Einwirkung des BCB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Aufl.

Hagemeister, Das beneficium cedendarum actionum des Bürgen, Greifswalder Dissert., 1893.

Hartmann, Die Obligation, 1875.

Hartmann, Rechte an eigener Sache, 1877.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870.

Heimbach, Zum beneficium cedendarum actionum in Weiske's Rechtslexikon.

Hering, Tractatus de fidejussoribus, 1614.

Herms, Die Bürgschaft nach dem BGB., Rostocker Dissert., 1900.

Hoch, Magazin gemeinnütziger Beobachtungen und interessanter Rechtsfälle, Heft I.

Holzschuher-Kuntze, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., 3. Bd., 1864.

v. Ihering, Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 1. Abt., 4. Aufl., 1880.

Joseph, Zur Auslegung der §§ 196, 197 BGB. in Gruchot's Beiträgen, Bd. 42, S. 1.

Juristische Wochenschrift, Bd. 16 (1887).

Keil, Zur Lehre von dem beneficium cedendarum actionum, Hallenser Dissertation, 1880.
Klein, Ist der Bürge berechtigt und verpflichtet, sich bei der Zahlung die vom Schuldner bestellten Pfänder herausgeben zu lassen? Rostocker Dissert., 1902.
Knorr, Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 28 (1846), S. 167ff.
Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht, 8. Aufl., 2. Bd.
Krüger, Zu Sokolowski's Mandatsbürgschaft, Krit. Vierteljahrsschrift, N. F., Bd. 15.
Lenel, Das edictum perpetuum, 1883.
Mantay, Die Verjährung der auf cessio legis beruhenden Ansprüche, Gruchot's Beiträge, Bd. 42.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1. Bd.
v. Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen.
Michelsen, Der Forderungsübergang kraft Gesetzes, Rostocker Dissert., 1901.
Mommsen. A., Die Befreiungsgründe des Schuldners in ihrer Zuständigkeit für den Bürgen, Kieler Dissert., 1874.
Monumenta Germaniae historica, Abt. leges, Bd. 3.
Motive zum Entwurf eines BGB., Bd. 2.
Motive zum Entwurf einer Konkurs-Ordnung, in Hahn's Materialien, Bd. 3.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl., 1836.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
Pernice, Zu Hartmann's „Die Obligation" in Zeitschrift für d. ges. Handelsrecht, Bd. 21.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd., 1. und 2. Aufl., 1900.
Platner, Die Bürgschaft. Eine germanistische Abhandlung, 1857.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, herausg. von Achilles u. a., Bd. 2.
Puchta-Krüger, Cursus der Institutionen, Bd. 2, 10 Aufl.
Puchta-Rudorff, Vorlesung über das heutige römische Recht, 6. Aufl., 2. Bd.
La Roche, Der Regress des Bürgen nach gemeinem deutschen Recht.
Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie, 12. Aufl., 1875.
Rothenberg, Der Regress des Bürgen, Gruchot's Beiträge, Bd. 33.
Ruer, Die sogenannte cessio legis im gemeinen Recht und BGB., Rostocker Dissert., 1900.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4.
v. Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 1.
Scherer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
Scheurl, Zu Hartmann's „Die Obligation", Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 18
Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses, 1. Bd., 1843.
Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, 1877.
Schollmeyer, Recht der besonderen Schuldverhältnisse, 1897.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der höchsten Gerichte.
Sintenis, Praktisches Civilrecht, 3. Aufl., Bd. 1.
Staub, Kommentar zur Wechselordnung, 3. Aufl.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechtes, 3. Aufl., 3. Bd.
Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855.
Thöl, Handelsrecht. 6. Aufl., 2. Bd.
Unterholzner-Huschke, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, 2. Bd., 1840.
Vischer, Der Rückgriff des Bürgen nach Titel 20, Abschn. IV des Schweizerischen Obligationenrechts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 7 N. F., S. 1 ff.
Wilmowski-Levi, Kommentar zur Civilprozess-Ordnung, 7. Aufl., 2. Bd.
Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl., 2. Bd.
Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, 8. Aufl., 2. Bd.

Kredit ist die freiwillig eingeräumte Befugnis, über fremde Güter gegen das blosse Versprechen des Gegenwerts zu verfügen[1]). Demjenigen, der die Befugnis gewährt, dem Gläubiger, genügt das Versprechen, dass er den Gegenwert in der Zukunft erhalten werde. Fehlt ihm jedoch das Vertrauen zu dem Schuldner, das ihn mit dem blossen Versprechen sich begnügen lässt, so verlangt er eine Sicherheit dafür, dass die Leistung des Gegenwerts in der Zukunft erfolgen werde. Diese Sicherheit kann eine zwiefache sein: eine Verpfändung von Gegenständen oder eine Verbürgung von Personen. Nur die letztere kommt für uns in Betracht.

Der Kredit spielt bei der Bürgschaft eine doppelte Rolle. Nicht nur wird der Gläubiger durch das Eintreten des Bürgen für die Verbindlichkeiten des Schuldners zu der Kreditgewährung veranlasst, es gewährt auch seinerseits der Bürge dem Schuldner dadurch Kredit, dass er mit seinem Vermögen für eine fremde Schuld bürgt. Freilich hat diese Hilfe, die er dem Schuldner leistet, zunächst keinen wirtschaftlichen Nachteil für ihn. Er hat dem Gläubiger gegenüber nur die Verpflichtung auf sich geladen, im Notfalle die Schuld des Dritten aus seinem eigenen Vermögen zu erfüllen. Erst wenn der Hauptschuldner aus irgend welchem Grunde den Gläubiger nicht befriedigen kann oder will, hält sich der Gläubiger an den Bürgen, und dann erleidet dessen Vermögen eine Einbusse. Dann aber hat der Bürge eine Schuld getilgt, die zwar rechtlich auf ihm und dem Hauptschuldner lastete, die aber wirtschaftlich nur der Letztere zu tragen hätte. Auf den

---

[1]) Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie, 12. Aufl. § 89, S. 183.

Hauptschuldner muss deshalb der Schaden zurückfallen, den der Bürge erlitten hat. Verschiedene Möglichkeiten können dem Bürgen gegeben sein, um das für den Hauptschuldner Aufgewendete wiederzuerlangen. Hat er mit dem Hauptschuldner vor der Bürgschaftsübernahme in einem Rechtsverhältnis gestanden, so entspringt aus diesem das Rückgriffsrecht des Bürgen. Aber ein solches Rechtsverhältnis braucht nicht zu bestehen; der Hauptschuldner braucht gar nicht um die Bürgschaftsübernahme zu wissen. Dann wird dem Bürgen der Regress auf andere Weise ermöglicht, entweder durch Gewährung eines unmittelbaren, selbständigen Anspruchs — so nach römischem und preussischem Recht — oder durch die rechtliche Konstruktion einer Uebertragung der Hauptforderung auf ihn — so nach heutigem Recht.

Freilich können dem Bürgen im Einzelfalle noch andre Mittel zustehen, seine Aufwendungen wiederzuerlangen. Dahin gehört vor Allem der Anspruch gegen seine Mitbürgen. Das Vorhandensein der Mitbürgen jedoch ist nur etwas Zufälliges, nichts der Bürgschaft Essentielles. Es ist, wie Crome (§ 297, S. 883) sagt, kein Rückgriffs-, sondern ein Ausgleichsrecht Es kommt daher hier nicht in Betracht.

Unter Umständen kann der Bürge, noch bevor er den Gläubiger befriedigt hat, noch bevor ihm also irgend ein Nachteil erwachsen ist, gegen den Hauptschuldner Ansprüche richten, er kann den oft so bezeichneten vorzeitigen Regress- oder Liberalitätsanspruch erheben, der im zweiten Teil der Arbeit behandelt wird.

So ergeben sich zwei Arten von Regressrechten des Bürgen, das eigentliche Rückgriffsrecht und das Recht auf Befreiung. Das bei weitem wichtigere Rückgriffsrecht wird stets von verschiedenen Gesichtspunkten aus zu untersuchen sein, je nachdem es sich als ein selbständiger Anspruch darstellt oder auf ein besonderes Rechtsverhältnis oder auf den Uebergang der Forderung stützt.

Erster Teil.

Das Rückgriffsrecht des Bürgen.

Erster Abschnitt.

Frühere und ausserdeutsche Rechte.

Erstes Kapitel.

Das römische Recht.

§ 2. Der Rückgriff auf Grund eines Rechtssatzes.

Es ist nicht zu verwundern, dass im älteren römischen Recht, das in seiner Förmlichkeit und Strenge Billigkeit gegenüber dem Schuldner nicht übte, der Bürge bei Geltendmachung seines Regressanspruches günstiger gestellt war, als jemals später. Dazu kam die Anschauung jener Zeit von dem Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner. Galt es doch damals geradezu als eine Beleidigung, eine ὀνσωπία[1]), des Hauptschuldners, wenn der Gläubiger nicht von ihm, sondern vom Bürgen Zahlung forderte. Andrerseits verfiel der Schuldner in Infamie, wenn er die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ungebührlich verzögerte und der Gläubiger sich deshalb an den Bürgen wendete[2]). Noch schwerer aber war die Strafe, die den Hauptschuldner traf, wenn er nicht nur die Zahlung an den Gläubiger unterliess, sondern auch die Wiedererstattung des von dem Bürgen Gezahlten zu lange hinzog. Er wurde, wenigstens wenn der Bürge sich in der Form der alten Fidesponsio verbürgt hatte, zu dem Doppelten der Summe verurteilt, die der Fidesponsor für ihn gezahlt

---

[1]) Cicero ad Attic., epistularum, lib. XVI, epist. 15, § 2.

[2]) Lex Julia Municipalis Z. 114 in Brun's fontes iur. Rom. antiq., 6. Ausg., S. 111.

hatte. Das bestimmte die lex Publilia aus der ersten Zeit der Republik. Sie gab dem Bürgen eine Klage, die actio depensi genannt wurde, wenn der Hauptschuldner ihm nicht binnen sechs Monaten seit der Befriedigung des Gläubigers das Gezahlte ersetzte. Die actio depensi wurde durchgeführt in der Form der schweren, drückenden legis actio per manus iniectionem[1]) und ging, wie angeführt, auf das Doppelte. Die Vermutung Girtanner's[2]), die Klage an sich sei nur auf die einfache Schuldsumme gegangen, nur bei Leugnen des Hauptschuldners sei sie auf das Doppelte erhöht worden, ist unbegründet. Die Stelle bei Gaius spricht ganz klar aus, dass die Klage in jedem Falle in duplum ging. Allerdings hatte sie die fernere Eigentümlichkeit, dass bei ihr auch der Satz Anwendung fand: lis infitiando crescit in duplum[3]). Aber das hatte eben zur Folge, dass bei Leugnen der Hauptschuldner zu dem Vierfachen der Schuldsumme verurteilt wurde.

Es zeigten sich bei dieser Rückgriffsklage noch weitere Begünstigungen des Bürgen und Bedrückungen des Hauptschuldners: Das vadimonium, die Sicherheitsleistung, die sonst nur diejenige Höhe zu erreichen brauchte, die der Kläger im Kalumnieneide genannt hatte, musste hier die volle Höhe des Wertes des Streitgegenstandes erreichen[4]). Endlich wurde bei der actio depensi schon „propter genus actionis", nicht erst propter personam, quia suspecta sit, also stets, eine satisdatio judicatum solvi verlangt[5]).

Als in der späteren Zeit auch Nichtbürger Bürgschaften mit rechtlicher Wirkung eingehen konnten, und damit das Institut der Fidesponsio sich mit dem der Fidepromissio, noch später dem der Fideiussio vermischte, da verschwanden auch der Ersteren Eigentümlichkeiten, also auch das weitgehende und strenge Recht des Bürgen. Bei der Fideiussio, der einzigen

---

[1]) Gaius, institutiones, III § 127 a. E.
[2]) Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, Abt. I, S. 16.
[3]) Gaius, a. a. O., IV, § 9.
[4]) Gaius, a. a. O., IV, § 186.
[5]) Gaius, a. a. O., IV, § 102.

Bürgschaftsart des justinianischen Rechts, giebt es ein eigenes, selbständiges Rückgriffsrecht des Bürgen nicht mehr. Hier lehnt es sich entweder an ein Rechtsverhältnis an oder es stützt sich auf ein allerdings erzwingbares Rechtsgeschäft.

§ 3. Das Rückgriffsrecht auf Grund eines Rechtsverhältnisses.

I. Es wird etwas durchaus Ungewöhnliches sein, dass jemand sich für einen andern verbürgt, ohne in irgend einer rechtlichen Beziehung zu ihm zu stehen. Er wird vielmehr hierzu regelmässig veranlasst sein durch eine vorhergehende Verabredung mit dem Hauptschuldner oder durch ein ständiges Rechtsverhältnis, das ihn und den Hauptschuldner verbindet, z. B. ein Gesellschaftsverhältnis. Am häufigsten wird der Bürgschaftsübernahme ein Auftrag vorangehen. Die Römer haben denn auch Voraussetzung, Mass und Inhalt des Rückgriffsrechts, das ja auf irgend ein beliebiges Rechtsverhältnis sich stützen kann, vorzugsweise unter Zugrundelegung des Mandats behandelt und dem Bürgen regelmässig die actio mandati contraria gegeben. Diesen Mandatsanspruch aber erhielt nicht nur der Fideiussor, von dem allerdings in den Quellen nur die Rede ist, sondern auch die Fidesponsores und Fidepromissores. Denn wie verschieden auch die Form der Bürgschaftsübernahme und das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bei diesen einzelnen Bürgschaftsarten war, bei dem Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner zeigte sich keine Verschiedenheit[1]). Nicht so sicher ist die Gewährung der Mandatsklage in ihrer weiten Ausdehnung und ihrer Eigenart an den Constituenten, also an denjenigen, der unabhängig von der Hauptschuld dieselbe Schuld zu erfüllen versprochen hatte. Hasenbalg[2]) nimmt das ohne weiteres an, ohne sich jedoch auf Quellenstellen stützen zu können. Selbstverständlich ist es nur, dass die Mandatsklage auch beim constitutum debiti alieni dann gegeben wurde, wenn ein wirk-

---

[1]) Vgl. Puchta-Krüger, Cursus der Institutionen, § 265, S. 324.
[2]) Hasenbalg, S. 813.

licher Auftrag vorhergegangen war. Beim mandatum qualificatum, bei dem Auftrag, einem Dritten Kredit zu gewähren, ist uns dagegen jene Ausdehnung quellenmässig bezeugt. Hier erhielt der Mandator schon dann, wenn derjenige, zu dessen Gunsten er den Kreditauftrag gab, dies nicht geradezu verbot, eine actio mandati contrari gegen ihn[1]).

Im Einzelnen gelten folgende Grundsätze für die Regressklage.

1. Das Vorhandensein eines Auftrags des Hauptschuldners an den Bürgen, die Bürgschaft zu übernehmen, wurde präsumiert.

Das Mandatum selbst war ja formlos. Die Willenserklärungen beider Parteien, des Bürgen und Hauptschuldners, brauchten nicht einmal ausdrücklich abgegeben zu sein. Wenn daher der Bürge in Anwesenheit des Hauptschuldners die Bürgschaft übernahm — und das war bei Fidesponsio und Fidepromissio erforderlich — und der Hauptschuldner der Bürgschaftsübernahme nicht widersprach, so war das als ein stillschweigendes Mandat anzusehen[2]). So kamen die Römer dazu, die Regel aufzustellen: Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur[3]).

Die actio mandati aber wurde dem Bürgen auch dann gegeben, wenn der Hauptschuldner bei der Bürgschaftsübernahme nicht anwesend war, ja selbst dann, wenn er gar nichts davon wusste, dass ein Bürge für ihn eingetreten war. Ohne dass die Grundsätze des Mandats verletzt wurden, war so dem Bürgen eine Regressklage gegeben, die er ohne weitere Behauptungen und Beweise anstrengen konnte.

Nur dann, wenn die Gewährung der Mandatsklage dem Wesen des Mandats geradezu widersprochen hätte, wurde sie versagt:

a) Das war der Fall einmal, wenn der Hauptschuldner sich die Einmischung des Bürgen verbeten hatte[4]). Hier musste

---

[1]) L. 18 D. mand. v. c. 17, 1.
[2]) L. 6 § 2 D. eod.
[3]) L. 60, de div. reg. iur. 50, 17.
[4]) L. 40 D. mand. v. c. 17, 1.

man dem Bürgen die Mandatsklage verweigern, weil ja das gerade Gegenteil eines Auftrags, ein Verbot des Hauptschuldners, vorlag. Nur einzelne Juristen sprachen dem Bürgen in diesem Falle eine actio negotiorum gestorum contraria zu; die Mehrzahl, z. B. Pomponius und Paulus, versagten ihm jede Klage; ihnen schloss sich Justinian an[1]).

b) Dann aber konnte die reine, direkte Mandatsklage nicht gegeben werden, wenn der Bürge gegen eine Vergütung die Bürgschaft übernommen hatte; denn eine wesentliche Eigenschaft des Mandatum war seine Unentgeltlichkeit. Hier wurde dem Bürgen eine actio mandati utilis zugesprochen.

2. Infolge der weiten Ausdehnung des Mandatsbegriffes blieb für die Anwendung der mandatsähnlichen Klage, der actio negotiorum gestorum contraria, naturgemäss wenig Raum. Sie ist nach den Quellen dem Bürgen dann gegeben, wenn kein Auftrag vorhergegangen ist[2]). Aber auch die Mandatsklage war dann gegeben, wenn kein Auftrag vorhergegangen war. Das ist also kein unterscheidendes Merkmal. Paulus hält deshalb die actio negotiorum gestorum nur dann für zuständig, wenn der Bürge sich in Abwesenheit des Hauptschuldners verbürgt hat[3]). Aber einmal begründet er diese Behauptung falsch mit den Worten: cum non antecesserit mandatum, denn trotz der Abwesenheit kann ein Mandat vorliegen, und dann wird nur in einzelnen der Stellen, die dem Bürgen die actio mandati gewähren, die Anwesenheit des Hauptschuldners verlangt, vor allem wird sie nicht erfordert in der Hauptregel: semper qui non prohibet —, mandare creditur.

Jedenfalls beweisen diese Unklarheiten und Widersprüche, dass die Grenze zwischen Mandats- und Geschäftsführungsklage flüssig war, dass der Prätor, wenn der Bürge eine Regressklage von ihm erbat, bald die eine, bald die andre Klage gewährte.

3. Während so die Voraussetzung des Rückgriffsrechts aufgrund von Mandat und unbeauftragter Geschäftsführung

---

[1]) L. 24 C. de neg. gest. 2, 18.
[2]) L. 42 (43) D. de neg. gest. 3, 5.
[3]) L. 20 § 1 D. mand. v. c. 17, 1.

nirgends eine zweifelsfreie Formulirung fand, war sie bei anderen Rechtsverhältnissen klar und bestimmt geregelt. Hier musste ein solches Rechtsverhältnis in der That vorliegen, damit sich ein Regressanspruch des Bürgen darauf stützen könnte. Ein Beispiel giebt die Stelle l. 6 D. de contr. tutel. et ut. act. 27, 4: Si tutor pro pupillo se obligavit, habet contrariam actionem.

4. Voraussetzung des Rückgriffsrechts ist neben der Existenz eines Rechtsverhältnisses das Vorhandensein von irgend welchen Vermögensschäden, die der Bürge erlitten hat. Diese werden gewöhnlich dadurch entstehen, dass der Bürge dem Gläubiger die Schuldsumme zahlt[1]). Aber sie können auch auf andre Weise dem Bürgen erwachsen. Wenn er z. B. seinen eigenen Schuldner anweist, an den Gläubiger für ihn zu erfüllen, oder wenn er die Schuldsumme hinterlegt, so steht das hinsichtlich des Regresses realer Zahlung vollkommen gleich[2])

5. Aber selbst, wenn der Bürge gar nicht erfüllt, also einen unmittelbaren Schaden überhaupt nicht erlitten hat, kommt ihm unter Umständen ein Regressrecht zu. Es ist dann der Fall, wenn der Gläubiger die Schuld erlassen hat, dieser Erlass jedoch nur zu Gunsten des Bürgen erfolgt ist. Dann hat der Bürge das Recht, ohne seinerseits erfüllt zu haben, seinen Regress zu nehmen.

Es scheint, als ob hier der Regressanspruch dem Bürgen eine Bereicherung, nicht einen Ersatz brächte. Aber in Wirklichkeit ist es doch nur ein Ersatz des Schadens, den der Bürge gehabt hat: Der Gläubiger hat dem Bürgen ein Geschenk gemacht dadurch, dass er zu seinen Gunsten die Schuld erlassen hat. Dieser Erlass lässt sich gewissermassen in zwei Bestandteile zerlegen: Schenkungsweise Hingabe des geschuldeten Gegenstandes an den Bürgen seitens des Gläubigers und dessen Rücknahme zwecks Erfüllung, oder auch umgekehrt: Annahme als Erfüllung von dem Bürgen und Rückgabe zwecks Schenkung. Für den Rückgriff aber kommt nur

---

[1]) § 6 J. de fidej. 3. 20.

[2]) L. 18 D. de fidej. et mand. 46, 1; l. 64 D. eod.

die Thatsache in Betracht, dass erfüllt worden ist; ob dem Bürgen die Erfüllung vom Gläubiger oder einem Dritten erleichtert worden ist, oder ob ihm der geschuldete Gegenstand zurückgegeben worden ist, das hat mit dem Rückgriff nichts zu thun.

Weil der Regressanspruch auch bei Erlass oder Vergleich stets die Natur des Schadensersatzes hat, ist auch die Annahme Baron's[1]) unzutreffend, dass es sich um eine remuneratorische Schenkung handeln müsse, wenn dem Bürgen der Regress zustehen solle. Es müsse, behauptet Baron also, der Bürge einen Schaden wenigstens dadurch erlitten haben, dass er dem Gläubiger für den Erlass einen Gegendienst geleistet habe. Wenn er sich zur Begründung auf Ulpian in l. 10 § 13 D. mand. v. c. 17, 1 beruft, so kann man sich auf eine andre Stelle, l. 12 § 1 D. eod., stützen, die ganz allgemein nur von der Schenkungsabsicht des Gläubigers spricht, ohne das Motiv der Schenkung hervorzuheben.

Es ergiebt sich also, dass der Satz der Institutionen, wonach der Regressanspruch dann begründet ist, si fideiussor pro reo solverit, zu eng gefasst ist.

6. Auch hier, ähnlich wie bei der altrömischen Fidesponsio, wird das Rückgriffsrecht des Bürgen in einer strengen und für den Hauptschuldner gefährlichen Form geltend gemacht. Die actio mandati contraria, die der Bürge anstrengt, infamirt den Hauptschuldner[2]). Die Ansicht Eisele's[3]) und Krüger's[4]), es sei die Belegstelle dafür von den Kompilatoren verändert worden, sie habe sich ursprünglich nicht auf fideiussores bezogen, ist nicht überzeugend. Warum soll die infamirende Kraft der actio depensi nicht auf diese Art der Regressklage übertragen worden sein? Die actio depensi war verschwunden, die Anschauungen über die Pflichten des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen aber hatten sich nicht ge-

---

[1]) Baron, Pandekten, § 260 Anm. 6, S. 448. Gegen Baron auch v. Meyerfeld § 13 S. 206 und La Roche, S. 10.

[2]) L. 6 § 5 D. de his, qui not. infam. 9, 2 a E.

[3]) Eisele, S. 14.

[4]) Krüger, S. 540.

ändert. Wir haben somit keinen Grund, die Stelle, die die Ausnahmestellung der Rückgriffsklage hervorhebt, als interpolirt anzusehen. Unrichtig ist auch die Annahme Unterholzner's-Huschke's[1]), dass es sich um eine actio mandati directa, nicht contraria, bei dem Regressanspruch handle; es wäre schlechterdings unmöglich, für den Rückgriffsanspruch des Bürgen eine direkte Klage zu konstruiren.

7. Aus den Eigentümlichkeiten der Regressklage des Bürgen schliessen einige Schriftsteller, wie Lenel[2]), Sokolowski[3]), dass nicht die gewöhnliche actio mandati contraria es gewesen sei, mit der der Bürge seinen Regress genommen habe, sondern eine besonders im Edikt proponirte actio in factum concepta. Lenel schliesst das aus zwei Umständen, einmal daraus, dass die Regressklage getrennt von der actio mandati contraria, der gewöhnlichen Auftragsgegenklage, in der l. 12 D. mand. v. c. 17, 1 behandelt ist, zum zweiten daraus, dass die Regressklage an zwei Stellen, l. 26 § 2 und l. 47 pr. D. eod. von „absentia pecuniae" beim Bürgen abhängig ist. Die erste Begründung ist deshalb nicht stichhaltig, weil mitten unter den Bestimmungen über die actio mandati contraria des Bürgen sich solche über die Mandatsgegenklage überhaupt finden[4]), die beiden Klagen also an anderen Stellen nicht getrennt sind. Die Eigentümlichkeit des „pecuniam abesse" aber, die Lenel hervorhebt, vermisst man gerade an den wichtigsten Stellen, die den Rückgriff regeln, z. B. l. 6 § 2 D. eod., § 6 J. 3, 20. Man mag immerhin, wie Geib[5]) es thut, die Besonderheiten der Regressklage, deren es allerdings eine Reihe giebt, zu erklären suchen; die Regressklage gänzlich von den Mandatsgrundsätzen loszureissen, geht nicht an.

II. Der Regressanspruch des Bürgen geht auf Ersatz aller Aufwendungen, die der Bürge gemacht hat. Es ent-

---

[1]) Unterholzner-Huschke, § 745d, S. 809.

[2]) Lenel, § 108, S. 236.

[3]) Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht, § 6, S. 93.

[4]) Vgl. l. 10, § 11 und l. 12 §§ 5 und 6 D. eod.

[5]) Geib, § 10, S. 159.

stehen diese Aufwendungen nicht nur durch die Leistung des geschuldeten Gegenstandes. Es fallen vielmehr darunter alle sonstigen Schäden und Kosten, die der Bürge unmittelbar und mittelbar durch Erfüllung seiner Verpflichtung gehabt hat. Es gehören dahin Verzugszinsen, Kosten eines Prozesses, Kosten, die ihm durch die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen seitens des Gläubigers entstehen. Sofern alle diese Kosten nur ohne sein Verschulden ihn treffen — sumptibus ex justa ratione factis[1]) — erstreckt sich sein Regressanspruch auch auf sie.

Von allen diesen Aufwendungen kann der Bürge ferner von der Zeit der Aufwendung an Zinsen fordern[2]) und zwar auch von den Zinsen, die er etwa selbst dem Gläubiger hatte zahlen müssen. Das Zinseszinsverbot kommt hier nicht zur Anwendung[3]), da der doppelte Zins nicht dem Bürgen zu Gute kommt.

III. In einzelnen Fällen kann die Mandatsklage des Bürgen durch Vorbringen begründeter Einwendungen seitens des Hauptschuldners abgewehrt werden:

1. Es gehört dazu zunächst der Einwand, dass der Bürge gar nicht den Hauptschuldner bei Eingehung der Bürgschaft habe verpflichten wollen, ihm für jeden Schaden aufzukommen, oder dass er ohne Absicht, Regress zu nehmen, also animo donandi den Gläubiger befriedigt habe[4]). Die Bürgschaftsübernahme donandi animo bezeichnet Savigny[5]) als „eventuelle Schenkung". Gewöhnlich wird eine solche Schenkung bei Verbürgung für Verwandte oder sonst Nahestehende anzunehmen sein[6]).

---

[1]) L. 45, § 6 D. mand. v. c. 17, 1.

[2]) Pauli, recept. sentent. ad filium V: II, 15, § 2: non enim tantum quod impensum est, sed et usuras eius consequi possum.

[3]) Holzschuher-Kuntze, 3. Bd., § 311 zu 19, S. 1005; Hasenbalg, § 34, S. 710; andrer Meinung Hoch, Heft I, S. 102.

[4]) L. 6, § 2 D. mand. v. c. 17, 1.

[5]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4, § 158, S. 132.

[6]) L. 60, § 1 D. eod. und Entscheidung in Seuffert's Archiv, Bd. 34, No. 210, S. 307.

2. Das Rückgriffsrecht des Bürgen auszuschliessen geeignet, ist ferner folgender Einwand:

Der Bürge sei in Wirklichkeit selbst Schuldner gewesen. Nur nach aussen hin, formell, sollte es so scheinen, als ob er Bürge wäre, materiell aber sei die Schuld nur in seinem Interesse aufgenommen worden. In den Quellen[1]) heisst ein solcher Bürge fideiussor in rem suam. Der Fall wird z. B. praktisch, wenn die Ehefrau sich für Leistung eines Dotalgrundstücks verbürgt[2]).

3. Die wichtigste Einwendung ist die, dass der Bürge die Schuld nicht so, wie sie bestand, erfüllt habe, dass also der Hauptschuldner selbst sich mit einem geringeren Vermögensaufwand gegenüber dem Gläubiger hätte befreien können oder dass der Bürge trotz seiner Erfüllung den Hauptschuldner nicht befreit habe.

a) Es wird dem Bürgen der Regressanspruch zunächst verweigert, weil er z. B. zu viel oder zu früh dem Gläubiger geleistet hat. So hat er keinen vollen Regressanspruch, wenn er bei einer Gattungsschuld eine Sache von mittlerer Art und Güte leistet. Da er sich mit Lieferung der schlechtesten Art der Gattung hätte befreien können, so braucht der Hauptschuldner auch nur den Wert einer solchen zu ersetzen[3]).

Wie diese pluris petitio re ist auch eine pluris petitio tempore des Bürgen abzuweisen. Hat nämlich der Bürge vor Fälligkeit der Hauptschuld den Gläubiger befriedigt, so braucht der Hauptschuldner den Regressanspruch erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen; denn auch dem Gläubiger brauchte er nicht früher zu leisten[4]).

b) Der Bürge hat ferner zu viel aufgewendet, wenn er die dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen ausser Acht gelassen hat.

---

[1]) L. 24 D. de pact. 2, 14.

[2]) L. 8, § 1 D. qui satisd. etc. 2, 8 und Entscheidung des RG. in Civilsachen, Bd. 42, Nr. 10, S. 38.

[3]) L. 52 D. mand. v. c. 17, 1.

[4]) L. 31 D. de fidej. et mand. 46, 1.

Der Hauptschuldner kann deshalb dem Bürgen entgegenhalten, dem Anspruch des Gläubigers hätten begründete Einwendungen entgegengestanden, der Bürge habe diese nicht benutzt, also könne er auch keinen Regress verlangen. Denn da der Hauptschuldner selbst den Anspruch des Gläubigers mit einer Einrede hätte abwehren können, so ist er auch nicht dem Bürgen gegenüber verpflichtet, diesen Anspruch anzuerkennen. Jedoch gilt dies nicht unbedingt. Es kommt vielmehr auf die Kenntnis des Bürgen von den Einwendungen an[1]). Nur dann also, wenn der Hauptschuldner dem Bürgen vor dessen Erfüllung die Einrede mitgeteilt hat oder dieser sie sonstwie erfahren und trotzdem nicht vorgebracht hat, verliert er den Regressanspruch. Daraus folgt auch, dass, wenn der Hauptschuldner bereits den Gläubiger befriedigt hat, und der Bürge in Unkenntnis hiervon nochmals an den Gläubiger zahlt, ihm der Regressanspruch zusteht[2]); denn auch hier hat er den Einwand der Erfüllung nur aus Unkenntnis unterlassen.

Nur die fernliegendsten und spitzfindigsten Einwendungen braucht der Bürge, auch wenn er sie kennt, nicht vorzubringen[3]).

Im Uebrigen wird man die Folgen der Versäumnis des Bürgen nach der Diligenzpflicht beurteilen müssen, die er nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu beobachten hat. Mit Recht nimmt daher Sintenis[4]) an, dass bei der Uebernahme der Bürgschaft ohne Auftrag eine erhöhtere Aufmerksamkeit und Sorgfalt vom Bürgen zu fordern sein wird, denn der negotiorum gestor muss sich vor der Besorgung des Geschäfts erkundigen, ob der Anspruch des Gläubigers begründet ist oder nicht.

Grundsätzlich kann der Hauptschuldner auch verlangen, dass dem Gläubiger die Einwendungen entgegengesetzt werden, die nur dem Bürgen, nicht auch ihm zustehen, z. B. die Einwendung, dass die Bürgschaftsübernahme nichtig gewesen sei.

---

[1]) L. 29 pr. D. mand. v. c. 17, 1.
[2]) L. 29, § 2, D. eod.
[3]) L. 29, § 4 D. mand. v. c. 17, 1.
[4]) Sintenis, Bd. 3, § 129 Anm. 72, S. 847.

Nur dann braucht der Bürge solche Einwendungen nicht vorzubringen, wenn dies für wenig anständig gilt[1]). Ulpian[2]) rechnet dazu auch die Einrede der Verjährung.

Aus dem Umstande, dass der Bürge möglichst viele Einwendungen dem Anspruch des Gläubigers entgegensetzen muss, ist aber nicht zu schliessen, dass er sich vor Erfüllung stets verklagen lassen müsse. Vielmehr ist ausdrücklich bestimmt[3]), dass dies nicht unbedingt nötig sei. Demgemäss wird auch nur bei offenbarer Unrichtigkeit des ersten Urteils, durch das der Bürge zur Erfüllung verurteilt wird, gefordert[4]), dass er alle zuständigen Rechtsmittel benütze. Bei Unkenntnis oder Armut wird auch dieses Erfordernis fallen gelassen.

4. Der Hauptschuldner kann schliesslich eine rechtsaufhebende Einwendung gegen den Bürgen geltend machen. Er kann einwenden, er habe, da er keine Mitteilung von der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen erhalten habe, an den Gläubiger nochmals den geschuldeten Gegenstand geleistet. Das Rückgriffsrecht wird durch diesen Einwand ausgeschlossen; denn es ist Pflicht des Bürgen, sofort nach seiner Erfüllung dem Hauptschuldner Mitteilung davon zu machen, damit dieser nicht noch einmal erfülle. Wegen Vernachlässigung dieser Pflicht hat der Hauptschuldner die exceptio doli gegen den Regressanspruch. Es bleibt dem Bürgen nur das Recht, vom Hauptschuldner Abtretung der condictio indebiti, die dieser infolge der zweiten Leistung gegen den Gläubiger hat, zu verlangen[5]).

IV. Dem Bürgen kann zur Sicherheit seines Regressanspruches gegen den Hauptschuldner von diesem wiederum ein Bürge bestellt sein. Erfüllt der Hauptschuldner den Regressanspruch nicht, so kann sich der Bürge an diesen Rückbürgen halten. Der Rückbürge steht jedem andern Bürgen

---

[1]) L. 10, § 12 D. eod.
[2]) L. 29, § 6 D. eod.
[3]) L. 10, § 11 D. eod.
[4]) L. 8, § 8 D. eod.
[5]) L. 29, § 3 D. eod.

vollkommen gleich. Er haftet dem Bürgen, wie dieser dem Gläubiger[1]).

§ 4. Der Rückgriff auf Grund eines Rechtsgeschäfts.

Den Ersatzklagen des Bürgen, die ihm unmittelbar durch das Gesetz (actio depensi) oder auf Grund eines Rechtsverhältnisses (actio mandati) gegeben sind, schliesst sich als dritte Art von Ersatzklagen ein Anspruch an, der dem Bürgen nach der Befriedigung des Gläubigers von diesem abgetreten wird. Es gab ja doch auch Fälle, mochte der Prätor in der Gewährung der Mandatsklage an den Bürgen noch so freigebig sein, wo die Anwendung der Mandatsgrundsätze der rechtlichen Logik geradezu widersprochen hätte, z. B. wenn der Bürge gegen ein Verbot des Hauptschuldners die Bürgschaft übernommen hatte. Hier und in ähnlichen Fällen musste man ihm ein Mittel geben, auf einem andern Wege das für eine fremde Schuld Geleistete wiederzuerlangen.

I. Man gab deshalb dem Bürgen das Recht, vom Gläubiger zu fordern, dass er ihm den Hauptanspruch abtrete. Diese Rechtswohlthat, die der Bürge, wie Hasenbalg[2]) annimmt, seit der Zeit nach Gaius genoss, nannte man im Mittelalter — im römischen Recht ist der Name noch unbekannt — beneficium cedendarum actionum.

1. Schon hinsichtlich der Entstehung des beneficium cedendarum actionum sind die Meinungen geteilt. Keil[3]) und Vischer[4]) lassen es aus dem Recht entstehen, das dem Mandator beim mandatum qualificatum, der ja eine ähnliche Stellung wie ein Bürge einnimmt, zustand. Dieses Recht hatte der Mandator dann, wenn er dem Kreditgeber, dem Beauftragten, seine Aufwendungen ersetzt hatte. Er konnte dann von letzterem mittels der actio mandati directa verlangen, dass er ihm alles herausgebe, was er in Erfüllung des Auftrages

---

[1]) L. 4 pr. D. de fidej. et mand. 46, 1 und Entscheidung in Gruchot's Beiträgen, Bd. 33, S. 968.

[2]) Hasenbalg, § 26, S. 434.

[3]) Keil, S. 13.

[4]) Vischer, S. 4.

erlangt hatte, das war aber die Forderung gegen den Kreditempfänger. Geib[1]) hat dem aus mehrfachen Gründen widersprochen. Und in der That ist die Natur des Rechtes auf Abtretung beim Kreditauftrag wesentlich anders, als bei der Bürgschaft; denn dort beruht es auf einem Rechtsverhältnis, hier auf Gesetz. Immerhin hat das beneficium in jenem Mandatsanspruch beim Kreditauftrage sein Vorbild gehabt, und die Vermutung spricht auch dafür, dass es sich aus diesem weiter entwickelt hat. Dass es eine ganz andere Natur angenommen hat, ist allerdings Geib zuzugeben.

2. Voraussetzung der Geltendmachung des beneficium cedendarum actionum ist stets, dass der Bürge den Gläubiger befriedigt hat. Auch hier werden Surrogate der Erfüllung, datio in solutum, novatio u. s. w. genügt haben. Ausser der Erfüllung stellen Windscheid[2]), Geib[3]), besonders A. Mommsen[4]), als Voraussetzung für die Verpflichtung zur Cession noch die wirkliche Existenz eines Regressrechts gegenüber dem Hauptschuldner auf. Nach dieser Ansicht könnte z. B. bei einem Verbot des Hauptschuldners zur Bürgschaftsübernahme der Bürge, der diesem Verbot entgegengehandelt hat, die Cession nicht verlangen. Diese Ansicht aber ist nicht richtig. Ob ein Anspruch des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner besteht, das ist eine Frage, die den Gläubiger durchaus nichts angeht und die nur in dem etwaigen Prozess zwischen Bürgen und Hauptschuldner einer Prüfung unterliegt[5]).

3. Dieser Umstand, dass der Gläubiger zur Cession des Hauptanspruchs verpflichtet ist, auch wenn der Bürge kein auf irgend einem Titel beruhendes Rückgriffsrecht hat, erklärt auch den Zweck des beneficium cedendarum actionum. Es soll nicht nur dazu dienen, dem Bürgen, der in der actio mandati contraria oder sonstwie bereits ein Mittel zur Regressnahme hat, die Regressnahme zu erleichtern und zu sichern, es soll

---

[1]) Geib, § 10, S. 156.

[2]) Windscheid-Kipp, 2. Bd., § 481, Anm. 7, S. 1034.

[3]) Geib, § 10, S. 158.

[4]) A. Mommsen, S. 8.

[5]) Vgl. Dernburg, Pandekten, § 80 Anm. 8, S. 219; Sintenis, § 129, Anm. 55, S. 844; Hagemeister, S. 13.

vor allen Dingen dem Bürgen erst die Möglichkeit gewähren, sich den Rückgriff zu suchen[1]). Gerade ohne sonstiges Rückgriffsrecht soll ihm dieses beneficium zu einem eigenen, von einem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Hauptschuldner unabhängigen Rückgriff verhalten.

4. Geltend gemacht endlich wird das beneficium in zwiefacher Form: durch Verweigerung der Leistung an den Gläubiger bis zur Abtretung und durch Klage auf Cession nach der Befriedigung des Gläubigers, also durch eine exceptio doli und durch eine actio[2]).

Zweifelhaft ist jedoch, ob Abtretung und Klage auf Abtretung nach der Befriedigung des Gläubigers ohne weiteres noch möglich ist, oder ob bei der Befriedigung des Gläubigers der Bürge sich diese Abtretung ausbedingen müsse. Modestin[3]) lässt eine Verpflichtung zur Abtretung nur dann nach der Befriedigung noch bestehen, wenn der Bürge sie sich vorbehalten hat; Paulus[4]) verlangt diesen Vorbehalt nicht. Eine Vereinigung der beiden sich widersprechenden Stellen ist von Vielen versucht worden, jedoch ohne befriedigendes Ergebnis. So erklärt Hasenbalg[5]) den entgegengesetzten Standpunkt der Quellenstellen mit dem historischen Fortschritt von Modestin's zu Paulus' Ansicht, Girtanner[6]) mit dem Hinweis darauf, dass Modestin nur von Mitvormündern spricht. Aber Paulus, der Vertreter der freieren Ansicht, ist der Aeltere, und eine besondere Behandlung der Bürgen, die zugleich Mitvormünder sind, findet nirgends einen Anhalt. Man muss sich demnach für die eine oder die andere Ansicht entscheiden. Die Entscheidung des Paulus, nach der also unbedingt noch Abtretung nach der Erfüllung möglich ist, ist als die einzig zweckmässige anzusehen[7]). Es ergiebt sich dann allerdings

---

[1]) Brinz, § 256, S. 192.

[2]) L. 36, D. de fidej. et mand. 46, 1.

[3]) L. 76, D. de sol. et lib. 46, 3.

[4]) L. 36, D. de fidej. et mand. 46, 1.

[5]) Hasenbalg, S. 419.

[6]) Girtanner, S. 535.

[7]) Vgl. Dernburg, Pandekten, § 80 Anm. 7, S. 219; Girtanner S. 537.

die Folge, dass die Forderung des Gläubigers zugleich getilgt wird und auf den Bürgen übergeht. Denn durch die Befriedigung geht die Forderung unter, mag die Befriedigung auch vom Bürgen ausgehen, und der Bürge erwirbt die alte, nicht etwa eine neue Forderung.

Paulus hat deshalb den Uebergang der Forderung als Kauf angesehen und die Erfüllung durch den Bürgen als Kaufpreis. Anscheinend mit Rücksicht hierauf bezeichnet Bechmann[1]) die actio, mit der das beneficium geltend gemacht wird, als actio emti (utilis). Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass trotz der Fiktion des Paulus, trotz seines Vergleichs mit einem Kauf, diese Klage und das ganze Rechtsverhältnis in Wirklichkeit nichts mit dem Kauf, der eine gegenseitige Verabredung voraussetzt, gemein hat. Wir haben deshalb durchaus keinen Grund zu der Vermutung, dass diese Klage im Anschluss an die Kaufklage formulirt worden ist.

II. Von dem Uebergang der Forderung auf den Bürgen durch die Cession ist streng zu scheiden die Wirksamkeit dieser abgetretenen Forderung gegenüber dem Hauptschuldner. Die Cession ist richtiger Ansicht nach in jedem Falle, wenn nur Befriedigung durch einen Bürgen erfolgt ist, vorzunehmen. Den Regressanspruch auf Grund dieser Cession aber kann der Bürge nur durchsetzen, wenn der Hauptschuldner nicht Gründe vorbringt, die den Rückgriff auszuschliessen geeignet sind. Dem Hauptschuldner muss es gestattet sein, dieselben Einwendungen, die er wegen doloser Handlungsweise des Bürgen gegen die actio mandati contraria vorbringen könnte, beim Regressanspruch des Bürgen mit der actio cessa ebenfalls zu verwenden, denn diese Einwendungen bleiben wie dem Cessionar jedem neuen Gläubiger gegenüber bestehen. Der Hauptschuldner kann deshalb mit der exceptio doli z. B. geltend machen, dass der Bürge ihn habe beschenken wollen oder seine eigene Schuld erfüllt habe.

Bei dem Regress auf Grund des Forderungsüberganges kommt jedoch eine Art von Einwendungen dazu, die der Hauptschuldner bei dem Regress auf Grund der Mandatsklage

---

[1]) Bechmann, § 263, S. 569 Anm. 1.

nicht hat. Er kann nämlich gegenüber der actio cessa des Bürgen diejenigen Einwendungen, die er gegen den Gläubiger geltend machen konnte, verwenden. Die Einwendungen gehen mit dem Anspruch über[1]). Dabei ist kein Unterschied zwischen personae und rei cohaerentes exceptiones, wie Windscheid[2]) ihn aufstellte, zu machen[3]).

Streitig ist es gewesen, ob der Bürge mit der actio cessa gegen den Hauptschuldner obsiegt, wenn er nur zu einem Teil die Forderung des Gläubigers erfüllt, dieser ihm aber in Folge Vergleiches oder Erlasses die ganze Forderung abgetreten hat. Kann z. B. der Bürge, der bei einer Schuld von 200 an den Gläubiger nur 100 gezahlt hat, nach freiwilliger Abtretung der ganzen Forderung 200 fordern? Es ist seit der Glossatorenzeit von Vielen, von den Neueren namentlich von Hasenbalg[4]) und Holzschuher[5]) ihm dieses Recht mit Rücksicht auf das Verbot der lex Anastasiana verweigert worden. Der Bürge, sagt man, hat die Forderung gekauft, er dürfe sie bezüglich keines höheren Betrages geltend machen, als dessen, der dem Kaufpreise gleichkäme. Dieser Ausgangspunkt ist mit Mühlenbruch[6]) als verfehlt anzusehen. Einmal ist die lex Anastasiana deshalb nicht anwendbar, weil in Wirklichkeit die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen kein wahrer Kauf ist Der Vergleich des Paulus mit den Worten: quodammodo vendidit berechtigt uns nicht, alle Grundsätze des Kaufes anzuwenden. Und dann geht die Tendenz der lex Anastasiana dahin, wucherische Geschäfte zu verhüten. Da die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen und die Abtretung der Forderung zu Unredlichkeiten kaum führen kann, so widerspricht der Anwendung des Gesetzes also auch die ratio legis.

---

[1]) L. 7 D. de except. 44, 1.
[2]) Windscheid, II. Bd., § 332, S. 239.
[3]) Vgl. Dernburg, 2. Bd., 5. Aufl., S. 144.
[4]) Hasenbalg, § 34, S. 709.
[5]) Holzschuher-Kuntze, § 311, S. 1006.
[6]) Mühlenbruch, § 53, S. 542.

III. Welchen Umfang hatte nun der Regressanspruch, der mittels der actio cessa geltend gemacht wurde? Die actio cessa — und darin steht sie hinter der actio mandati contraria zurück — geht nicht auf Ersatz aller Aufwendungen, die der Bürge gemacht hat. Sie kann vielmehr, da ihre Grundlage die übergegangene Forderung ist, nie über den Betrag dieser Forderung hinausgehen. Sie umfasst also z. B. nicht den Schaden, den der Bürge durch eine Zwangsvollstreckung erlitten hat. Wenn aber nur ein Teil vom Gläubiger abgetreten wird, weil nur ein Teil vom Bürgen erfüllt worden ist, so geht sie auf die Höhe dieser Teilforderung.

Dagegen hat die actio cessa in anderer Beziehung einen grossen Vorzug vor der Mandatsgegenklage. Da der Gläubiger, wie bei jeder Cession, so auch hier verpflichtet ist, mit der Hauptforderung ein diese sicherndes Pfandrecht an beweglicher oder unbeweglicher Sache oder ein Recht gegen einen Mitbürgen zu übertragen, so ist der Regressanspruch damit sicher gestellt[1]).

Gleichgiltig ist dabei, wer das Pfand bestellt hat, ob der Hauptschuldner oder ein Dritter. Die Annahme Michelsen's[2]), dass es sich nur um vom Mitbürgen bestellte Pfänder handle, ist unrichtig. In der l. 17 D. de fidej. et mand. 46, 1, die er zur Begründung heranzieht, ist nur von Forderungen, nicht von Pfandforderungen gegen Mitbürgen die Rede.

Dass das Pfandrecht bereits zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestehen müsse, wie Knorr[3]) und Förster[4]) (anders Eccius) annehmen, da sonst „die Bürgschaft ausser allem Bezuge zu dem Pfandrecht stände", ist nicht erforderlich. In den Quellen hat die Knorr'sche Ansicht nicht die geringste Stütze. Der Uebergang der sichernden Nebenrechte hat ja doch auf Grund des Gesetzes zu erfolgen, auf die Kenntnis oder den Willen des Bürgen zur Zeit der Bürgschaftsübernahme kommt es nicht an. Aus demselben Grunde ist

---

[1]) L. 11, § 1 C. de fidej. et mand. 8, 40 (41).
[2]) Michelsen, S. 35.
[3]) Knorr, S. 170.
[4]) Förster-Eccius, Bd. 2, § 144 Anm. 100, S. 408.

die Annahme des Stuttgarter Obertribunals[1]) nicht zutreffend, dass der Bürge sich die Abtretung der Nebenrechte vorbehalten müsse; denn auch hiernach wäre der Zwang zur Abtretung durch den geäusserten Willen, nicht durch das Gesetz allein bedingt. Endlich ist es deshalb auch nicht erforderlich, dass der Hauptschuldner zustimmt, ehe der Gläubiger die Pfänder herausgiebt, wie Kohler[2]) annimmt.

Nur dann, wenn dem Gläubiger die Pfänder und Hypotheken, die für die verbürgte Forderung bestellt sind, auch zur Sicherung anderer Forderungen dienen, braucht er vor gänzlicher Befriedigung auch für letztere Forderungen die Sicherheitsrechte nicht abzutreten[3]).

Neben den Pfandrechten ist der Gläubiger noch verpflichtet, die mit der Forderung verbundenen Privilegien zu übertragen. Zu den Privilegien gehören z. B. Zins- und Pfandprivilegien des Fiskus[4]), nicht aber Konkursprivilegien und Privilegien der Minderjährigen. Es wurde hier von Einigen ein Unterschied zwischen privilegia causae und personae gemacht. Bei letzteren sollte der Uebergang ausgeschlossen sein. Das ist jedoch, wie man mit Dernburg[5]) annehmen kann, nicht begründet. Dagegen wird man prozessuale Privilegien, z. B. Sportelfreiheit des Fiskus, als höchstpersönlich von dem Uebergange ausschliessen[6]).

Zweites Kapitel.

§ 5. Germanisches Recht.

Ebenso wie im römischen Recht, vielleicht noch in höherem Masse, war die Bürgschaft im germanischen Rechts- und Verkehrsleben ein wichtiges Institut. Hier war der per-

---

[1]) Seuffert's Arch. Bd. VII, No. 311, S. 368.

[2]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, S. 193 ff.; anders Klein, S. 17.

[3]) L. 2, § 1, C. de fidej. et mand. 8, 40; Entsch. des RG in Civilsachen Bd. 8, S. 73; Entsch. des ROHG. Bd. 21, S. 67.

[4]) L. 42 D. de adm. et per. tut. 26, 7.

[5]) Dernburg, Pandekten, 5. Aufl., 2. Bd., S. 143.

[6]) Vgl. Ruer, S. 51, 52.

sönliche Kredit besonders gering, weil der Erbe nicht mit eigenem Vermögen, wie grundsätzlich nach römischem Recht, haftete, sondern nur mit dem Ererbten, nach einigen Rechten, z. B. nach dem Sachsenspiegel I, 6 § 2 nur mit der Fahrnis. Deshalb aber musste, sollten sich mühelos Bürgen für einen geldbedürftigen Schuldner finden lassen, diesen Bürgen es leicht gemacht sein, ihren Regress von dem Hauptschuldner zu erlangen.

1. Anders als im römischen Recht, wo bestimmte Ansprüche dem Bürgen zustanden, war im germanischen Recht für das Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner vorzugsweise Treu und Glauben massgebend. Es herrschte ein inniges Treuverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner[1]). Ein Bruch dieses Vertrauensverhältnisses war es, wenn nicht der Hauptschuldner selbst den Gläubiger befriedigte, und der letztere sich deshalb an den Bürgen wenden musste. Dann musste der Hauptschuldner dem Bürgen nicht nur seine Aufwendungen ersetzen, sondern noch Strafe zahlen. So ging z. B. der Regressanspruch des Bürgen nach der lex Burgundionum[2]) auf das Dreifache der Summe, die er gezahlt hatte.

2. Es gilt ferner im germanischen Recht der Grundsatz, dass bei Erfüllung durch den Bürgen eine Cession durch den Gläubiger nicht zu erfolgen braucht, sondern dass ipso iure der Bürge an die Stelle des Gläubigers tritt[3]). Erst durch diesen Rechtsgedanken modifizirt, hat das römischrechtliche beneficium cedendarum actionum seinen Einzug in das moderne Recht gehalten.

3. Neben der Rückerstattung des an den Gläubiger Gezahlten hat der Bürge Ersatz für alle Kosten zu beanspruchen, die er gehabt hat, ohne sie verschuldet zu haben, z. B. die Kosten eines Einlagers, zu dem er verpflichtet gewesen ist[4]).

4. In einer Reihe von späteren Quellen findet sich allerdings das römische beneficium cedendarum actionum wieder,

---

[1]) Vgl. Platner, § 16, S. 164.

[2]) Lex Burgundionum 19, 5 in monumenta Germ. hist., Abt. leges, Bd. 3, S. 541.

[3]) Vgl. Platner, § 16, S. 169.

[4]) Vgl 2. Dithmarsisches Landrecht, Art. 210, § 1 in Stobbe's zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, S. 131.

so in der Nürnberger Reformation[1]) von 1564, XIX, 1, § 2, indem hier eine Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung besteht.

Drittes Kapitel.

§ 6. Gemeines Recht.

Das Regressrecht des Bürgen im gemeinen Recht behielt im wesentlichen dieselbe Gestalt, die es im römischen Recht gehabt hatte. Vollständig unverändert blieb das Rückgriffsrecht auf Grund eines Rechtsverhältnisses; denn dieses entsprach dem praktischen Bedürfnis und deckte sich auch mit dem germanischen Regressanspruch; beide Ansprüche gingen ja auf Ersatz aller berechtigten Aufwendungen.

Für das Rückgriffsrecht auf Grund der actio cessa wurde eine grosse Streitfrage des gemeinen Rechts bedeutungsvoll. Es herrschte in der gemeinrechtlichen Wissenschaft eine grosse Meinungsverschiedenheit, ob stets, wenn eine Verpflichtung zur Abtretung einer Forderung bestand, auch ohne die Abtretung die Forderung ipso iure übergehen könnte. Bejahte man die Frage, so gab man dem Bürgen einen Regressanspruch, den er ohne Mitwirkung des Gläubigers mittels einer actio utilis geltend machen konnte. Der eifrigste Vorkämpfer für die Regel, dass jede cessio necessaria, jede erzwingbare Cession, als cessio legis oder ficticia, als gesetzliche Cession, gelten solle, war v. Savigny[2]). Puchta[3]) schloss sich ihm an, jedoch mit der Einschränkung, dass er beim beneficium cedendarum actionum des Bürgen eine Erklärung desselben forderte, dass er den Uebergang wünsche. Aber die Praxis und zum überwiegenden Teil auch die Wissenschaft erkannte diese Regel nicht als ausnahmslos an. Gerade für den Rückgriff des Bürgen schloss sie Mühlenbruch[4]) aus. Selbst für das

---

[1]) Weitere Belege bei Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 3. Bd., § 239 Anm. 28, S. 374.

[2]) v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. 1, § 23. S. 245.

[3]) Puchta (Rudorff), Vorlesungen über das heutige römische Recht, 6. Aufl., 2. Bd., § 282, S. 132.

[4]) Mühlenbruch, § 44, S. 468.

Handelsrecht, bei dem sonst neue Rechtsgedanken eher Eingang fanden, stiess die Absicht Einzelner, wie Endemann's[1]), den gesetzlichen Forderungsübergang einzuführen, auf Widerspruch, z. B. von Seiten Thöl's[2]) und Keil's[3]). Es ist also auch im gemeinen Recht das beneficium cedendarum actionum erhalten geblieben. Der Bürge erhält einen Regressanspruch durch Abtretung der Forderung vom Gläubiger, die er nach der Befriedigung fordern kann.

Ueber einzelne Fragen jedoch, z. B. ob der Regressanspruch auch begründet sei, wenn der Bürge dem Hauptschuldner vor der Erfüllung nicht den Streit verkündet habe, herrschten Meinungsverschiedenheiten, dafür u. A. Schmid[4]), Rothenberg[5]), dagegen u. A. Glück[6]), Holzschuher[7]). — Die Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner entbehrten deshalb im gemeinen Recht einer festen Grundlage und blieben vielen Zweifeln zugänglich. In denjenigen Rechtsgebieten hingegen, für die Kodifikationen ergangen waren, waren diese Rechte des Bürgen eingehend und bestimmt geregelt, denn in sämtlichen Kodifikationen des späteren 18. und des 19. Jahrhunderts erfuhren sie eine ausführliche, allerdings stets auf historischer Grundlage fussende Normirung.

Viertes Kapitel.

§ 7. Neuere Kodifikationen.

I. Am ausführlichsten ist das Regressrecht des Bürgen im preussischen Allgemeinen Landrecht, und zwar im 14. Titel des 1. Teils in den §§ 338 ff. geregelt.

1. Es wird hier bei der Normirung des Regressrechts ein Unterschied gemacht, ob die Verbürgung mit bezw. ohne oder ob sie gegen den Willen des Hauptschuldners erfolgt ist.

---

[1]) W. Endemann, Handelsrecht, § 147, Anm. 16, S. 714.
[2]) Thöl, § 75, Anm. 20, S. 264.
[3]) Keil, S. 49.
[4]) Schmid, 1. Teil, § 64, S. 162.
[5]) Rothenberg, S. 373.
[6]) Glück, Bd. 20, S. 406.
[7]) Holzschuher-Kuntze, § 311 zu 8, S. 988.

Erfolgt sie mit oder ohne den Willen des Hauptschuldners, so hat der Bürge, ohne dass ein Weiteres erfordert wird, einen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner, der also der actio mandati bezw. actio negotiorum gestorum entspricht. Erfolgt sie jedoch gegen den Willen des Hauptschuldners, so steht ihm lediglich dann ein Regressanspruch zu, wenn der Hauptschuldner sich gemäss ALR. I, 13, § 251 den Vorteil aus dem verbotenen Geschäft zugeeignet hat, und auch dann nur gemäss I, 13, § 241 in Höhe der Bereicherung.

Ausser diesem Regressanspruch aus eigenem Recht hat aber der Bürge noch ein gesetzliches Eintrittsrecht in alle Rechte des Gläubigers, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Cession bedarf. Hier ist also, offenbar infolge Einflusses des germanischen Rechts, die cessio necessaria zu einer cessio legis geworden. Ja, der Bürge kann sogar vom Gläubiger noch ausdrückliche Cession fordern[1]).

Nur dann fällt auch das gesetzliche Eintrittsrecht fort, wenn der Hauptschuldner dem Bürgen die Uebernahme der Bürgschaft verboten hat; denn für diesen Fall wird in Teil I, Tit. 14, § 341 die Anwendung aller Vorschriften dieses Titels, also auch des § 338, der die actio cessa dem Bürgen giebt, ausgeschlossen[2]).

2. Steht nun dem Bürgen infolge der Verbürgung mit oder ohne Willen des Hauptschuldners ein Regressanspruch zu, so erstreckt sich dieser auf Ersatz aller Aufwendungen, die er ohne seine Schuld hatte machen müssen[3]), also auf Zinsen, Prozesskosten, sonstige Schäden. Ist eine Vergütung bedungen worden, die bei Darlehen aber nicht mehr als 1 % betragen darf, so hat der Bürge Ansprüche auch auf diese[4]).

Nicht so weit, als der Regressanspruch kraft eigenen Rechts, geht derjenige auf Grund des Forderungsüberganges.

---

[1]) Vgl. I, 14, § 339.

[2]) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht, § 245, S. 754, und Förster-Eccius, § 144, S. 408; anders Koch zu I, 14, § 341, Anm 61, S. 273.

[3]) I, 14, § 351.

[4]) I, 14, § 365.

Er geht nur soweit, als der Gläubiger befriedigt worden ist, also höchstens auf den Betrag des Hauptanspruchs.

Beim Erlass oder Vergleich dagegen erstreckt sich der Regress nur auf diejenige Summe, die der Bürge selbst dem Gläubiger gezahlt hat; vgl. I, 14, § 340.

3. Die Einwendungen des Hauptschuldners gegen den Regressanspruch des Bürgen sind nach ALR. sehr zahlreich. Denn wenn der Bürge eine Reihe von Pflichten, die ihm in den §§ 342 bis 350 auferlegt sind, nicht erfüllt, so kann der Hauptschuldner die Einwendungen, die er dem Gläubiger hätte entgegensetzen können, auch gegen den Bürgen verwenden. Diese Pflichten sind folgende: Der Bürge muss dem Hauptschuldner Mitteilung machen, wenn der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt[1]). Er darf nicht erfüllen, bevor er nicht eine schriftliche Zustimmung vom Schuldner erhalten hat[2]). Erhält er diese Einwilligung nicht, so muss er es auf den Prozess ankommen lassen[3]). Er muss endlich, wenn der Gläubiger ihn verklagt, den Hauptschuldner zu dem Prozesse laden lassen[4]).

II. Ebenso wie das ALR., giebt das französische Recht dem Bürgen zwei Ansprüche gegen den Hauptschuldner, einen aus eigenem (Art. 2028 code civil) und einen aus abgeleitetem Recht (Art. 2020).

1. Ersterer Anspruch ist gegeben, sei es, dass die Verbürgung mit oder ohne Wissen des Hauptschuldners erfolgt ist. Er geht auf Ersatz des Hauptanspruchs, der Zinsen, Kosten und sonstigen Schäden.

2. Der Anspruch aus dem gesetzlichen Forderungsübergange, aus der Subrogation, ist dem Bürgen gegeben, wenn und insoweit er den Gläubiger befriedigt hat. Und zwar soll dieser Anspruch auf Grund des Forderungsüberganges nach

---

[1]) Eine Entscheidung des Obertribunals (Bd. 26, No. 41, S. 290) hält mit Recht diese Anzeige für überflüssig, wenn der Bürge bereits zur Leistung verurteilt ist.

[2]) § 342, I, 14.

[3]) § 341, I, 14.

[4]) § 344, I, 14.

der Ansicht Zachariä-Crome's[1]) dem Bürgen selbst dann gegeben sein, wenn der Hauptschuldner die Uebernahme der Bürgschaft verboten hat. Ausgeschlossen ist der Rückgriff, wenn der Hauptschuldner selbst, nachdem bereits der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, nochmals an diesen die Schuldsumme zahlt, ohne von der Erfüllung durch den Bürgen benachrichtigt zu sein; ebenso dann, wenn der Bürge erfüllt hat, ohne den Hauptschuldner zu benachrichtigen, trotzdem begründete Einwendungen dem Anspruch entgegengestanden haben[2]).

III. Fast alle übrigen deutschen und ausländischen Kodifikationen der neueren Zeit nahmen den Grundsatz auf, dass durch Befriedigung des Gläubigers der Bürge ipso iure in die Rechte desselben eintrete, so z. B. Art. 1916 codice civile italiano:

Der Bürge, welcher die Schuld bezahlt hat, tritt in alle Rechte ein, welche der Gläubiger wider den Schuldner hatte[3]).

Ebenso ganz allgemein das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 1358:

Wer die Schuld eines andern bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern.

Das österreichische Gesetzbuch kennt dagegen nicht mehr einen Regressanspruch kraft eigenen Rechts, der der actio mandati oder dem I, 14, § 338 ALR. entspräche.

Während alle neueren Kodifikationen bestimmen, dass der Uebergang der Forderung vom Gläubiger auf den Bürgen kraft Gesetzes erfolge, und nur Befriedigung des Gläubigers als Voraussetzung dafür statuiren, nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen noch einen rückschrittlerischen Standpunkt ein. Zwar erfolgt auch nach ihm gemäss § 955 der Uebergang der Forderung auf den Bürgen von Gesetzeswegen, jedoch muss der Bürge bei der Befriedigung sich dieses Recht vorbehalten haben.

---

[1]) Zachariä-Crome, 2. Bd., § 406, Anm. 6b, S. 730.

[2]) Art. 2031 c. c.

[3]) Uebersetzung von Roncali.

Zweiter Abschnitt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 8. Voraussetzung des Rückgriffsrechts.

Das Rückgriffsrecht des Bürgen gegen den Hauptschuldner ruht im römischen Recht und im ALR. auf zwei Grundlagen, auf einem eigenen und einem vom Gläubiger abgeleiteten Recht. Im heutigen bürgerlichen Recht ist die eine Grundlage, der selbständige Mandatsanspruch des Bürgen, verloren gegangen:

Noch der Dresdener Entwurf (Art. 939), auf dem am letzten Ende unser Recht der Schuldverhältnisse ruht, hatte ihn gekannt. Der erste Entwurf (§ 676) hatte die Ansprüche des Bürgen aus einem besonderen Rechtsverhältnisse wenigstens erwähnt. Von der Kommission für die zweite Lesung[1]) aber wurden die Worte „dem Bürgen bleiben die Ansprüche aus einem solchen besonderen Rechtsverhältnisse vorbehalten“ als selbstverständlich und daher überflüssig gestrichen.

Daraus folgt zweierlei: Einmal, dass der Rückgriff des Bürgen auf Grund eines Rechtsverhältnisses noch besteht. Weil dieser Anspruch eben in dem Rechtsverhältnisse seine Grundlage hat, bedarf es nicht einer ausdrücklichen Feststellung seines Bestehens.

Dann aber folgt aus Entstehung und Sinn des Gesetzes, dass jener Anspruch kraft eigenen Rechts, wie er in den früheren Rechten bestand und noch heut im code civil besteht, nicht mehr im BGB. vorhanden ist. Denn dort war dem Bürgen der Rücktritt gegeben, wenn er nachwies, dass er sich verbürgt und Aufwendungen infolge der Bürgschaftsübernahme gemacht hatte. Nur gegen den Willen des Hauptschuldners durfte die Bürgschaftsübernahme nicht erfolgt sein. Es wurde also das Bestehen irgend eines Rechtsverhältnisses ohne weiteres angenommen. Anders heute. Heut muss der Bürge, wenn er aus eigenem Recht vom Hauptschuldner Ersatz fordert, beweisen, dass er in einem Auftrags- oder Dienst-

[1]) Vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, II, 4, S. 2533.

verhältnis zu letzterem stehe oder dass ihm ein Bereicherungsanspruch gegeben ist, kurz, dass er einen ausserhalb der Bürgschaft stehenden Ersatzanspruch habe.

Infolge dieser Erschwerung des Beweises ist die Bedeutung des Rückgriffs kraft eigenen Rechts weit hinter derjenigen kraft abgeleiteten Rechts zurückgetreten. Das wichtigere, weil leichtere Mittel für den Bürgen, seinen Regress zu nehmen, ist heut nicht mehr wie im römischen Recht, wie im ALR. und code civil, die actio mandati, sondern die vom Gläubiger abgeleitete Forderung.

Der § 774 BGB., der die Forderung auf den Bürgen übergehen lässt, ist also vorzugsweise die sedes materiae für das Rückgriffsrecht des Bürgen.

Trotzdem ist auch das Rückgriffsrecht auf Grund eines Rechtsverhältnisses hier zu behandeln. Denn da es in mannigfacher Beziehung über den in § 774 aufgestellten Regressanspruch hinausgeht, so wird der Bürge es regelmässig, wenn er das Bestehen eines Rechtsverhältnisses beweisen kann, dem andern ihm zustehenden Anspruch vorziehen.

Die zahlreichen Abweichungen der beiden Regressansprüche von einander werden aus ihrer Gegenüberstellung erkennbar.

I. Da nicht alle Rechtsverhältnisse, die dem Regress zu Grunde liegen können, hier aufgezählt werden können, so seien nur die vorzugsweise in Betracht kommenden erwähnt. Es sind Auftrag, unbeauftragte Geschäftsführung und Bereicherung. Hinsichtlich des Regressanspruches stehen dem Auftrag, der ja auf unentgeltliche Geschäftsbesorgung geht, diejenigen Verträge gleich, die eine entgeltliche Geschäftsbesorgung zum Inhalt haben, denn auf sie finden hinsichtlich des Ersatzanspruchs der Aufwendungen die Grundsätze des Auftrags Anwendung[1]). Hat der Bürge ohne Auftrag die Bürgschaft übernommen, und entspricht die Verbürgung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Hauptschuldners, so hat er gemäss § 683 einen gleichen Er-

[1]) § 675.

satzanspruch wie der Beauftragte. Aber selbst in dem Falle, dass diese Bedingungen nicht vorliegen, muss der Hauptschuldner dem Bürgen alles, was er infolge der Verbürgung erlangt oder erspart hat, nach § 684 herausgeben. Dieser Bereicherungsanspruch ist dem Bürgen also selbst dann gegeben, wenn er sich gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt hat, denn auch dann findet § 684 Anwendung.

II. Während die Voraussetzung des Regressanspruchs aus eigenem Recht die Existenz eines Rechtsverhältnisses ist, ist es beim Regressanspruch kraft abgeleiteten Rechts nur die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen und Möglichkeit des Forderungsüberganges. Es kommt daher zunächst nicht darauf an, wie die Bürgschaft übernommen worden ist, ob mit oder ohne oder gegen den Willen des Hauptschuldners.

Die Befriedigung muss jedoch thatsächlich erfolgt sein, sie darf nicht simulirt sein. Es ist daher ohne rechtliche Wirkung, wenn der Gläubiger, weil er selbst den Schuldner nicht verklagen will, diesem mitteilt, die Forderung sei ihm von dem Bürgen bezahlt und sei demgemäss auf diesen übergegangen. In diesem Falle erwirbt der Bürge nicht die Forderung auf Grund des § 774, weil die positive Voraussetzung dafür, die Befriedigung, nicht vorhanden ist. Natürlich steht aber nichts im Wege, wenn der Gläubiger ohne Befriedigung dem Bürgen die Forderung durch ein Rechtsgeschäft überträgt[1]).

1. Wie die Befriedigung des Gläubigers erfolgt, ist gleichgiltig. Sie kann durch Erfüllung, aber auch durch eine andre Leistung des Bürgen erfolgen, durch die das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner erlischt, z. B. durch Annahme an Erfüllungsstatt (§ 364 BGB.) durch Hinterlegung mit Ausschluss der Rücknahme u. s. w., auch durch Novation[2]). Ob das Rückgriffsrecht auch bei Erlass seitens des Gläubigers oder Vergleich zwischen ihm und dem Bürgen begründet ist,

---

[1]) Vgl. Ruer, S. 60.

[2]) Entscheid. in Gruchot's Beiträgen, Bd. 33, S. 970.

ist streitig. Endemann[1]), Cosack[2]), Vischer[3]) und Herms[4]) verneinen es, weil nur „soweit, als der Bürge real geleistet habe", die Forderung übergehen könne. Sie verlangen, dass eine ausdrückliche Cession der Forderung erfolgt sein müsse, wenn der Bürge ohne erfüllt zu haben, Regressansprüche erheben wolle. Vischer fordert sogar, diese Cession müsse durch eine Urkunde bescheinigt sein. Endemann verweigert den Regressanspruch selbst dann, wenn dem Bürgen freiwillig die Forderung vom Gläubiger abgetreten wird. Ein Grund hierfür dürfte sich schwerlich finden lassen. Warum soll der Bürge in diesem Falle schlechter als jeder andre Cessionar gestellt sein? Was er dem Gläubiger als Gegenleistung hingegeben hat, darauf kommt es ja heut, im Gegensatz zum römischen Recht, nicht mehr an[5]).

Es ist jedoch gegenüber allen diesen Ansichten mit Oertmann[6]), Dernburg[7]), Kipp[8]) und Ebert[9]) anzunehmen, dass auch bei Erlass und Vergleich ohne freiwillige Abtretung der Regress aus § 774 dem Bürgen zustehe. Der § 774 nämlich ist viel weiter gefasst, als von den Vertretern der gegnerischen Ansicht angenommen wird. Er lässt die Forderung schon dann übergehen, wenn der Bürge es erreicht, dass das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner erlischt, dass der Hauptschuldner also befreit wird. Nur so sind die Worte „soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt" aufzufassen. Wodurch der Bürge aber das Erlöschen des Schuldverhältnisses erreicht, ob durch Erfüllung oder durch Hingabe eines Wechsels oder dadurch, dass der Gläubiger mit ihm einen Erlassvertrag oder einen Vergleich abschliesst, das ist gleichgiltig. Auch bei Erlass oder Vergleich kann er dem

---

[1]) Endemann, § 192, S. 866.
[2]) Cosack, § 158, S. 575.
[3]) Vischer, S. 38.
[4]) Herms, S. 50.
[5]) Vgl. Herms, S. 50.
[6]) Oertmann, No. 2 zu § 774, S. 500.
[7]) Dernburg, Bürgerl. Recht, § 289, Anm. 4, S. 355.
[8]) Windscheid-Kipp, § 481, S. 1036.
[9]) Ebert in Fischer-Henle's Handausgabe No. 1 zu § 774, S. 363.

Hauptschuldner nachweisen, dass er den Gläubiger dahin gebracht habe, den Hauptschuldner aus dem Schuldverhältnisse zu entlassen.

Nur nach einer Richtung hin ist Dernburg und Ebert nicht beizupflichten. Beide legen dem Hauptschuldner den Beweis darüber auf, dass der Erlassvertrag oder Vergleich auch zu seinen Gunsten geschlossen worden sei, dass er auch ihn habe bereichern sollen.

Da der Bürge aber beweisen muss, dass er den Gläubiger befriedigt hat, so muss er nicht nur beweisen, dass er den Erlassvertrag oder Vergleich abgeschlossen habe, sondern auch, dass der Gläubiger nur zu seinen Gunsten, nur um ihm ein Geschenk zu machen, auf einen Teil der Forderung verzichtet hat; denn sonst hätte er ja nicht den Gläubiger befriedigt, der Gläubiger hätte sich ihm gegenüber nur für befriedigt erklärt. Der gesetzliche Regressanspruch ist in der Hand des Bürgen ohnedies eine gefährliche Waffe, die Lage des Hauptschuldners würde erheblich verschlechtert, wenn man ihm den oft schwierigen Beweis auferlegen sollte, dass der Gläubiger ihn neben dem Bürgen habe bereichern wollen. Der Bürge muss demnach beweisen, einmal, dass der Vertrag mit ihm, dann aber auch, dass er zu seinen Gunsten abgeschlossen worden sei. Bei dieser Regelung der Beweisfrage werden auch die entgegengesetzten Ansichten bezüglich dieses Punktes näher gebracht.

2. Damit die Forderung übergehen kann, muss ferner der Forderungsübergang an sich statthaft sein Es ist dann nicht der Fall, wenn die Leistung des Hauptschuldners durch den Uebergang auf den Bürgen eine Veränderung ihres Inhalts erleiden würde, oder wenn sie vertragsmässig nur an den alten Gläubiger erfolgen darf (§ 399). Ferner ist der Uebergang ausgeschlossen, wenn er durch eine gesetzliche Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen ist (§§ 613, 847, 1300BGB.), endlich auch, wenn die Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist[1]) (§ 400). Es kann also z. B. derjenige, der gegen-

[1]) Vgl. 850 bis 852 CPO.

über einem Alimentenberechtigten für die Alimentenforderung Bürgschaft übernommen hat, auch wenn er ihn befriedigt, aus § 774 seinen Regress nicht beim Alimentenschuldner nehmen, da die Forderung gemäss § 850 Z. 2 CPO. und 400 BGB. nicht übergehen kann. Für die einzelne Alimentenforderung ist hierbei keine Ausnahme zu machen, wie Ruer[1]) annimmt. Wenn nicht ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Alimentenschuldner besteht, bleibt ersterem also nur der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

3. Der Forderungsübergang selbst vollzieht sich heute von Gesetzeswegen, nicht mehr bedarf es, wie im römischen und gemeinen Recht, der Abtretung durch den Gläubiger. Deshalb aber ist noch nicht die namentlich im gemeinen Recht viel untersuchte Frage erledigt, welches der rechtliche innere Grund des Forderungsüberganges sei, wie es überhaupt möglich sei, dass eine durch Erfüllung getilgte Forderung auf einen neuen Gläubiger übergehen könne. Die Anomalie, die hierin liegt, wurde schon von Paulus[2]) anerkannt, der deshalb die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen als Kauf der Forderung konstruirt, sie wurde besonders auch von Ihering[3]) betont. Demgegenüber bestreitet La Roche (S. 41), dass die Forderung des Gläubigers durch Erfüllung untergehe, dass dieser Widerspruch also überhaupt bestehe. Der Widerspruch zeigt sich jedoch, wenn man erwägt, dass Bürge und Hauptschuldner wie früher Correal- so heute Gesamtschuldner sind und dass durch Erfüllung durch einen Correal- bezw. Gesamtschuldner die gesamte Forderung aufgehoben wird. Selbst wenn man den Hauptschuldner als solchen und den Bürgen, und zwar auch den selbstschuldnerischen Bürgen, nur als Nebenschuldner auffasst, wie Cosack[4]), wird doch durch die

---

[1]) Ruer, S. 31.

[2]) Vgl. l. 36 D. de fidej. et mand. 46, 1.

[3]) Ihering, Geist des römischen Rechts, 2. Teil 1. Abt., § 41, S. 376: Wenn die Jurisprudenz einmal den Lehrsatz aufstellt, dass die Obligation durch Zahlung untergeht, so muss es als ein Unding erscheinen, dass der Gläubiger nach erhaltener Zahlung die Klage noch cediren kann.

[4]) Cosack, Bürgerl. Recht, I. Bd., § 158, VII, 1, c, S. 578.

Tilgung der Hauptschuld auch die von dieser umfasste und stets gedeckte Nebenschuld vernichtet.

Paulus erklärt nun zur Lösung des Widerspruchs, die Leistung an den Gläubiger von Seiten des Bürgen sei nicht Zahlung, sondern gewissermassen Kaufpreis. Dass diese Construktion nur eine Fiktion, keine Erklärung des thatsächlichen Vorgangs ist, deutet Paulus selbst durch das Wörtchen quodammodo an. Es wurden deshalb andere Theorien aufgestellt, die eine Erklärung dieses Widerspruches — Tilgung und Weiterleben der Forderung — geben sollten. Hartmann[1]) hat das Weiterleben der Forderung damit begründet, dass er sagt, der Zweck der Befriedigung sei allerdings die Tilgung der Hauptschuld, daneben aber noch „ihr Hinüberleiten auf den Kopf des Bürgen". Es hat dieser Versuch keinen Anklang gefunden[2]), mit Recht; denn der Zweck der Erfüllung durch den Bürgen ist nur der, sich zu befreien, einen anderen Zweck verfolgt er regelmässig nicht damit.

Einen eigenartigen Versuch, das Rückgriffsrecht zu konstruiren, der allerdings schon in den Motiven zur Konkursordnung[3]) angeführt ist, hat Klein[4]) gemacht. Nach ihm entsteht schon mit der Eingehung der Bürgschaft für den Bürgen ein suspensiv bedingtes Recht auf Abtretung, das mit Eintritt der Bedingung, d. h. der Befriedigung des Gläubigers, vollwirksam wird. Dieser Anspruch auf Abtretung wird durch den gesetzlichen Uebergang der Forderung befriedigt.

Hiergegen ist manches zu sagen: Einmal ist mit dieser Theorie wieder das beneficium cedendarum actionum, das doch das BGB. beseitigt hat, wieder hervorgeholt, wenn es auch in anderer Weise als früher verwirklicht wird. Ferner besteht danach von vornherein vor der Befriedigung ein Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner, das in keiner

---

[1]) Hartmann, die Obligation, § 5, S. 47 ff. und die Obligation, S. 48.

[2]) Vgl. die Kritiken von Scheurl in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 18, S. 504; von Pernice in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 21, S. 323; von Steinlechner in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 3, S. 718.

[3]) Motive zur KO., S. 282 (Hahn's Materialien, Bd. 4, S. 262).

[4]) Klein, S. 11.

gesetzlichen Vorschrift seine Grundlage hat. Es tritt also der gesetzliche Bürge, wenn er auch von dem Hauptschuldner gar nichts weiss, in ein Rechtsverhältnis zu diesem mit dem Augenblick der Verbürgung, während doch der § 774 ausdrücklich sagt, dass erst mit der Befriedigung der Bürge ein Recht erwirbt. Die Rechtssätze über Bedingungen will wohl Klein selbst nicht angewendet wissen. Wir kämen sonst zu dem Ergebnis, dass bei der rückwirkenden Kraft der Bedingungen der Bürge z. B. auch für diejenigen Zinsen Ersatz bekäme, die seit der Bürgschaftsübernahme fällig gewesen sind, auch wenn er sie gar nicht gezahlt hat.

Die Konstruktion als bedingtes Recht versagt noch mehr bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen. Denn dann ist die Bedingung nur zum Teil eingetreten, und eine solche Teilung der Bedingung ist rechtlich nicht möglich. Endlich aber hat die Theorie den Fehler, dass wir, selbst wenn wir sie anerkennen, nicht zu dem erwünschten Ergebnis kommen. Denn selbst zugegeben, dass der Bürge einen bedingten Anspruch auf Abtretung gegen den Hauptschuldner habe, dass dieser Anspruch mit der Befriedigung in einen gesetzlichen Forderungsübergang sich umwandle Ist damit bewiesen, dass die Forderung übergehen kann, trotzdem sie vorher untergegangen ist? Ist damit, dass dem Bürgen ein Recht auf den Uebergang gegeben wird, dieser Uebergang rechtlich und logisch konstruirt?

Auf Grundlage der Motive[1]) sehen endlich Endemann[2]), Cosack[3]) und Oertmann[4]) die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen als entgeltlichen Erwerb der Forderung an. Sie nehmen an, dass der Bürge gewöhnlich die Absicht habe, nicht den Hauptschuldner zu befreien, sondern selbst als Gläubiger in das Schuldverhältnis einzutreten. Es klingt das stark an die Kauftheorie des Paulus an; nur dass bei Paulus durch Angebot und Annahme der Befriedigung der obligatorische

[1]) Motive II, S. 476.
[2]) Endemann, § 192, S. 866.
[3]) Cosack, § 158, S. 575.
[4]) Oertmann, Bem. 1 zu 774, S. 500.

Kaufvertrag als abgeschlossen fingirt wird, heute gleich der dingliche Forderungsübergang sich vollziehen solle. Der Forderungsübergang vollzieht sich aber, ohne dass irgend eine dahingehende Absicht des Bürgen vorhanden zu sein braucht. Der Bürge denkt auch gar nicht bei der Erfüllung daran, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, sondern sich und den Hauptschuldner zu befreien.

Der Grund des Forderungsüberganges ist vielmehr der, dass das Gesetz schon dann, wenn ein Regressanspruch des Bürgen auch nur scheinbar gerechtfertigt ist — und das ist dann der Fall, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt — ihm ein Mittel geben will, diesen Regressanspruch durchzuführen. Der Forderungsübergang aber ist das geeignetste Mittel dazu, mag auch der juristischen Konstruktion damit Gewalt angethan werden. Nicht Zweck der Befriedigung, wie Hartmann annimmt, ist es, dass die Forderung übergehe, denn einen solchen Zweck verfolgt der Bürge regelmässig nicht, sondern Wirkung, vom Gesetz verfügte Folge der Befriedigung. Billigkeitsrücksichten haben zu dieser Anomalie, die trotz aller Konstruktionsversuche bestehen bleibt, geführt. Einer andern Rechtfertigung und Begründung, als dass das Gesetz diese Rücksichten sanktionirt hat, bedarf es nicht[1]).

III. Stellen wir die Voraussetzungen für das Rückgriffsrecht kraft Rechtsverhältnisses und kraft Gesetzes gegenüber, so zeigt es sich, dass bei ersterem die Existenz eines Rechtsverhältnisses und gewisse Aufwendungen vom Bürgen nachzuweisen sind; bei letzterem dagegen braucht der Bürge nur zu beweisen, dass der Gläubiger durch ihn befriedigt worden sei, und zwar auf irgend eine Weise. Es ist dem Bürgen somit der Rückgriff kraft abgeleiteten Rechts erheblich leichter gemacht, als der kraft eigenen Rechts.

IV. Auch für die Frage, nach welchem Recht — örtlich und zeitlich — der Bürge seinen Regressanspruch zu nehmen hat, kommt es auf die Grundlage seines Regresses an.

---

[1]) Vgl. Matthiass, § 1319, S. 647; Planck, Anm. 1 zu § 774, S. 517; Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, § 10, S. 85.

1. Stützt er sich auf ein Rechtsverhältnis, so kommt dasjenige Recht zur Anwendung, das an dem Orte gilt, wo der Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber den Regressanspruch zu erfüllen hat; denn hier ist der Sitz des Rechtsverhältnisses. Erfüllungsort für das Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner aber wird gewöhnlich der Ort sein, wo der Bürge seine Bürgschaftsschuld zu erfüllen hatte.

Was die zeitliche Anwendung der Rechtsnormen anlangt, so kommt dasjenige Recht in Betracht, das zur Zeit gilt, wo das Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner eingegangen worden ist. Ist dies vor 1900 gewesen, so bleibt das alte Recht massgebend; vgl. EG. Art. 170.

2. Will sich der Bürge auf den Forderungsübergang stützen, so ist der Ort und die Zeit, wo die Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist, massgebend für die Rechtssätze, die auf den Forderungsübergang Anwendung finden[1]); denn die Befriedigung ist die Rechtshandlung, an die der Erwerb der Regressklage geknüpft ist.

V. Beim Kreditauftrag ist dem Auftraggeber der Rückgriff auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses gegenüber dem Schuldner dann gegeben, wenn ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen besteht, wenn auch nur eine ungerechtfertigte Bereicherung auf der einen Seite vorhanden ist.

Nicht dagegen hat er den Rückgriff auf Grund des in § 774 ausgesprochenen Forderungsüberganges; denn der Auftraggeber ist nicht Bürge, wie der erste Entwurf bestimmte und wie Neumann[2]) für das heutige Recht noch annimmt, er hat also auch nicht die Rechte, die der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner hat. Er haftet vielmehr gemäss § 778 nur als Bürge; nur sein Verhältnis zum Gläubiger ist das eines Bürgen zum Gläubiger[3]).

---

[1]) Bezüglich des Ortes a. M. v. Bar, § 284, S. 110, der für das beneficium cedendarum actionum den Ort massgebend sein lässt, der für die Bürschaftsschuld überhaupt bestimmend ist, also regelmässig den Erfüllungsort; bezüglich der Zeit übereinstimmend Habicht, § 35, S. 307.

[2]) Neumann, Handausgabe des BGB., Anm. 2 zu § 774.

[3]) Vgl. Herms, S. 72.

Dagegen haben im Handelsrecht alle diejenigen, die Geschäfte für andere vermitteln oder abschliessen und Delkredere stehen, auch das Regressrecht aus § 774, weil auch sie Bürgen sind[1]). Nicht hat es jedoch der Kommissionär, der Delkredere steht; denn er ist kein Bürge, weil der Kommittent nur in einem Rechtsverhältnis zum Kommissionär, nicht zum Dritten steht, mithin gar kein Hauptschuldner da ist.

Der Wechselbürge endlich, sowohl derjenige, der sich in der Form der offenen, eigenen Wechselbürgschaft, des Avals, verbürgt hat, als auch derjenige, der nur verkleidete Bürgschaft, die fideiussio palliata des gemeinen Rechts, übernommen hat, z. B. als Aussteller zeichnet, muss stets beweisen, dass auch eine civilrechtliche Bürgschaft vorliege, also den schriftlichen Bürgschaftsvertrag vorlegen, wenn er auf § 774 seinen Regress stützen will[2]).

§ 9. Inhalt des Rückgriffsrechts.

I. Auch hier müssen wir, wenn wir den Inhalt des Rückgriffsrechts zunächst auf Grund eines Rechtsverhältnisses ins Auge fassen wollen, vom Rückgriffsrecht des beauftragten Bürgen ausgehen.

1. Wenn also der Bürge in Ausführung des ihm vom Hauptschuldner erteilten Auftrags Aufwendungen gemacht hat, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, so ist er berechtigt, Ersatz dieser Aufwendungen vom Hauptschuldner zu fordern[3]). Diese Aufwendungen können erheblich höher sein, als der Anspruch, den der Hauptschuldner dem Gläubiger hätte zu erfüllen brauchen. Sie können z. B. in den Zinsen bestehen, die der Bürge für ein Darlehn zahlte, das er aufnehmen musste, um rechtzeitig den Gläubiger zu befriedigen, oder in den Prozesskosten, die er für die Führung des Prozesses mit dem Gläubiger bestritt.

Dieser weite Umfang des Ersatzanspruches wird jedoch

---

[1]) Vgl. Cosack, Handelsrecht, § 71 II, S. 358.

[2]) Vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 2, No. 82, S. 366 und Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 4, No. 3, S. 12

[3]) § 670.

von manchen Schriftstellern[1]) bestritten. Sie lehnen es ab, Ersatz für den Schaden zu geben, den der Beauftragte erlitten hat. Es hätte darnach also der Bürge keinen Ersatz zu beanspruchen, wenn er, weil er zufällig nicht zur Zahlung im Stande ist, vom Gläubiger gepfändet wird. Man nehme an, dass ihm ein kostbarer Kunstgegenstand genommen wird, dessen Versteigerung nicht die Hälfte seines Wertes ergiebt.

Mit Crome[2]) ist jedoch anzunehmen, dass jeder mit der Besorgung des Geschäfts verbundene Schaden, wenn er nicht selbst verschuldet wird, zu ersetzen ist, sodass in obigem Beispiel auch der Wert des Kunstgegenstandes dem beauftragten Bürgen voll zu ersetzen ist.

Die Aufwendungen des beauftragten Bürgen sind ihm ausserdem mit 4 v. H. vom Tage der Aufwendung an zu verzinsen[3]). Findet das Handelsrecht Anwendung, dann erhält der Bürge 5 v. H. Zinsen und Provision[4]). Ist er, um den Gläubiger zu befriedigen, eine Verbindlichkeit eingegangen, hat er z. B. ein Darlehn zu diesem Zwecke aufgenommen, so muss ihn auf Verlangen der Hauptschuldner davon befreien[5]). Dass im übrigen Treu und Glauben ebenso wie im deutschen Recht (vgl. § 30) einen Massstab für den Umfang des Rückgriffsrechts bildet, beweist der Umstand, dass es sich nur auf diejenigen Aufwendungen erstreckt, die der Bürge mit Rücksicht auf Billigkeit und Verkehr für erforderlich halten durfte (§ 670).

2. In welcher Höhe der Bürge aus anderen Rechtsverhältnissen Regressansprüche erheben kann, hängt von der Art des betreffenden Rechtsverhältnisses ab. So richtet sich sein Anspruch als unbeauftragter Geschäftsführer nach dem des beauftragten Bürgen[6]). Verbürgt sich ein Vormund für

---

[1]) Vgl. Planck, Anm. 3 zu § 670, S. 419 und Rümelin, Archiv für civ. Praxis, Bd. 88, S. 314.

[2]) Crome, Bd. 2, § 252, S. 618.

[3]) Vgl. §§ 246, 256.

[4]) §§ 354 und 352 HGB.; Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 11, S. 248.

[5]) § 257 BGB.

[6]) § 683 BGB.

sein Mündel und macht er infolgedessen Aufwendungen, so hat er nach § 1835 den gleichen Ersatz zu beanspruchen, wie ein Beauftragter. Dagegen geht der Bereicherungsanspruch nur soweit, als der Hauptschuldner zur Zeit der Regressnahme noch bereichert ist[1]).

II. Während die Mandatsklage auf Ersatz aller Aufwendungen geht, die der Bürge gemacht hat, ist die actio cessa auf Grund des § 774 in ihrem Umfang beschränkter. Sie geht nur soweit, als der Gläubiger befriedigt worden ist. Vischer[2]) erweitert diesen Umfang der actio cessa um diejenigen Auslagen, welche notwendigerweise mit der Erfüllung der Forderung durch den Bürgen verbunden sind, z. B. um die Kosten der Zahlung an den auswärtigen Gläubiger, der Ausklagung des Hauptschuldners. Solche Auslagen seien ein Bestandteil der Zahlung und kämen zu dem Regressanspruche hinzu als ein „Zuwachs der Forderung, ein accessorium der Hauptschuld". Aber die Forderung kann in Wirklichkeit nur so übergehen, wie sie bestand, der Anspruch auf diesen Zuwachs müsste ausdrücklich festgesetzt sein, ihn mag sich der Bürge mit seiner Klage aus einem etwa vorhandenen Rechtsverhältnisse verschaffen.

Gänzlich unhaltbar ist jedoch die Ansicht Vischer's[3]), dass die Forderung nur soweit übergehe, als der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner regressberechtigt sei. Vischer stützt sich zwar hierbei auf Schweizerisches Recht; da aber die Art. 168 und 504 des Schweizerischen Obligationenrechts vollständig unsern §§ 426 und 774 entsprechen, so hat die dort aufgestellte Lehre auch für uns Bedeutung. Vischer folgert seine Meinung daraus, dass Bürge und Hauptschuldner Solidarschuldner seien und dass für diese der Uebergang nur soweit stattfinde, als sie Ausgleichung untereinander fordern könnten. Aber der § 774 ist eine Specialvorschrift gegenüber dem § 426, und letzterer wird daher durch ersteren ausgeschlossen. Man darf doch nicht den Uebergang an sich mit den Einwendungen

---

[1]) § 818 BGB.
[2]) Vischer, S. 21.
[3]) Vischer, S. 18.

verwechseln, die der Hauptschuldner gegen die übergegangene Forderung hat. Der Richter hat nur zu prüfen, wie weit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, nicht inwieweit das Regressrecht sonst begründet sei. Werden keine Einwendungen vorgebracht, so hat er, ohne dass der Nachweis eines Regressrechts erbracht wird, zu verurteilen. Ebenso hat auch der Gläubiger, selbst wenn er weiss, dass ein Regressrecht nicht begründet ist, die nötigen Urkunden herauszugeben[1]).

Es ist schon oben auseinandergesetzt, dass, auch wenn die Erfüllung der Schuld durch den Bürgen nur teilweise erfolgt, der Gläubiger aber den übrigen Teil der Schuld dem Bürgen zu seinen Gunsten erlässt, dass auch dann der Rückgriff den vollen Umfang der untergegangenen Forderung erreicht. Kann jedoch der Bürge nicht nachweisen, dass der Erlass zu seinen Gunsten erfolgt ist, so geht der Regress nur auf die Höhe der real erfüllten Forderung.

Geht so unter Umständen der Rückgriff aus dem eigenen Recht erheblich weiter, als der Rückgriff aus dem abgeleiteten Recht, so ist andererseits der Inhalt des letzteren, der Komplex von Rechten, die er dem Bürgen gewährt, weit umfangreicher als der des Rückgriffs auf Grund eines Rechtsverhältnisses. Es gehen nämlich gemäss § 401 in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht alle mit der Forderung verbundenen Pfandrechte, Hypotheken und Vorzugsrechte im Konkurse mit über[2]), nicht aber Forderungen gegen Mitbürgen[3]). Dass auch die übrigen Nebenrechte der Forderung, wie Schadensersatzansprüche, Ansprüche auf Zinsen, Vertragsstrafen mit übergehen, ist im Gegensatz zum ersten Entwurf[4]) nicht gesagt. Wie dies aber für die Uebertragung der Forderung im Zweifel, so ist es für den gesetzlichen Forderungsübergang stets anzunehmen. Es laufen daher z. B. die Zinsen in gleicher Weise weiter als bisher. Auch heute (s. o. S. 28) wird es nicht darauf ankommen, ob die Sicherheiten vor oder nach der Bürgschafts-

---

[1]) § 402 BGB.
[2]) Vgl. § 401 in Verbindung mit § 412.
[3]) § 774, Abs. 2.
[4]) § 297, Protokolle II, S. 778/79.

übernahme bestellt worden sind. Ebenso ist es gleichgiltig, ob der Bürge bei der Befriedigung die Sicherheiten kannte oder nicht.

III. Hinsichtlich des Inhalts des Rückgriffsrechts hängt es ganz von dem einzelnen Falle ab, ob der Regress kraft eigenen oder derjenige kraft abgeleiteten Rechts weiter geht. Da der erstere alle Aufwendungen umfasst, die der Bürge gemacht hat, der letztere nur die Höhe der Befriedigung des Gläubigers erreichen kann, so wird der Anspruch aus dem Rechtsverhältnisse gewöhnlich weiter gehen. Aber einmal kann bei dem Rückgriff mittels der actio cessa der Anspruch sich dadurch erhöhen, dass z. B. ein Recht auf eine Vertragsstrafe mit übergeht und dann die Vertragsstrafe selbst dem Bürgen zu Gute kommt, und dann wird die actio cessa zum mindesten dem Anspruch aus eigenem Recht gleichkommen, wenn dieser nur ein Bereicherungsanspruch ist. Es kann endlich die Höhe der auf den Bürgen von dem Gläubiger übergehenden Zinsansprüche höher sein, als die in den §§ 256 und 246 zugesprochenen 4 v. H.

Jedenfalls aber gewährt der Regressanspruch, der die übergegangene Forderung zur Grundlage hat, weit grössere Sicherheit als derjenige aus einem Rechtsverhältnisse dann, wenn mit der Hauptforderung Sicherheitsrechte, z. B. eine Hypothek, verbunden sind; denn dann gehen diese mit der Forderung auf den Bürgen über.

§ 10. Ausschluss des Rückgriffsrechts.

Das Rückgriffsrecht des Bürgen wird durch eine Reihe von Umständen ausgeschlossen, die teils den beiden Arten des Rückgriffsrechts gemeinsam, teils jeder einzelnen eigentümlich sind. Dabei scheiden natürlich aus diejenigen Umstände, die jeden Anspruch zur Vernichtung bringen, wie Geschäftsunfähigkeit einer Partei oder Erfüllung. Nur von den besonderen, grade den Rückgriffsanspruch des Bürgen ausschliessenden Einwendungen ist zu sprechen.

I. Beide Arten von Regressansprüchen des Bürgen kann der Hauptschuldner zum Fallen bringen durch Vorschützen von Einwendungen, die sich auf ein besonderes Rechts-

verhältnis stützen. Sie sollen dem Hauptschuldner auch bei dem Regress aus § 774 verbleiben, weil es unredlich wäre, wenn der Bürge seinen Regress auf Grund des Forderungsüberganges nähme, wenn der Regress aus eigenem Recht aus gewissen Gründen versagt. Welche Einwendungen das sind, inwieweit sie zulässig sind, hängt wiederum von dem Rechtsverhältnis ab, das zu Grunde liegt, namentlich aber von der Diligenzpflicht, die der Bürge auf Grund dieses Rechtsverhältnisses zu beobachten hat. Eine solche Diligenzpflicht wie das ALR. kasuistisch zu normiren, hat das Gesetz mit Recht unterlassen. Die Motive[1]) begründen dies damit, dass eine feste, bestimmte Abgrenzung der Pflichten, die der Bürge dem Hauptschuldner gegenüber habe, unpraktisch sei. Die Sorgfalt, die der beauftragte Bürge zu beobachten hat, ist jedenfalls daran zu messen, dass er auch für leichte Fahrlässigkeit haftet[2]). Gegen den beauftragten Bürgen werden auch die §§ 664 bis 668 dem Hauptschuldner Einwendungen verschaffen, die das Rückgriffsrecht ganz oder teilweise ausschliessen.

Die Einwendungen des Hauptschuldners werden regelmässig diese sein:

1. Er habe ohne Kenntnis von der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen den Gläubiger nochmals befriedigt. Die Einwendung ist begründet, wenn man vom Bürgen fordern kann, dass er von seiner Erfüllung dem Hauptschuldner Kenntnis gebe. Mit den Motiven[3]), Planck[4]) und Oertmann[5]) wird man regelmässig dem Bürgen die Pflicht auferlegen, diese Mitteilung dem Hauptschuldner zu machen[6]). Der Hauptschuldner ist, wenn diese unterbleibt und er infolgedessen das zweite Mal erfüllt, nur verpflichtet, den Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung, der ihm

---

[1]) Motive, Bd. II, S. 675/76.
[2]) § 276.
[3]) Motive II, S. 675.
[4]) Planck, Anm. 4 zu § 774, S. 518.
[5]) Oertmann, Anm. 5 zu § 774, S. 501.
[6]) Vgl. §§ 666 und 681.

gegen den Gläubiger, dem zweimal dieselbe Schuld gezahlt worden ist, zusteht, dem Bürgen abzutreten. Dieser Anspruch ging nach Art. 942 des Dresdener Entwurfs von Gesetzes wegen auf den Bürgen über.

2. Der Hauptschuldner wird den Regressanspruch des Bürgen ferner häufig mit dem Einwande zurückschlagen, es hätten ihm Einwendungen gegen den Hauptanspruch zugestanden, diese habe der Bürge nicht vorgebracht, obwohl er sie gekannt habe oder doch habe kennen müssen. Beweist der Hauptschuldner, dass der Bürge vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe, und dass er auf Grund des Rechtsverhältnisses Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe, so kann er den Regressanspruch insoweit dem Bürgen verweigern, als er die Erfüllung des Hauptanspruchs dem Gläubiger gegenüber hätte verweigern können. Als fahrlässig wird man es regelmässig — nach Crome[1]) stets — ansehen müssen, wenn der Bürge erfüllt, ohne vorher den Hauptschuldner zu benachrichtigen und auf dessen Erklärung zu warten, dass er mit der Erfüllung einverstanden sei. Es wird auch nicht unbedingt, wie Scherer[2]) annimmt, der Bürge dem Hauptschuldner den Streit zu verkünden brauchen, vielmehr nur dann, wenn die Versäumnis als vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung anzusehen ist.

In gewissen Fällen, z. B. wenn der Bürge sich wechselmässig verbürgt hat, nicht jedoch in allen Fällen, wie Rothenberg[3]) annimmt und wie er in das Gesetz aufzunehmen vorgeschlagen hat, wird man allerdings vom Hauptschuldner fordern können, dass er sämtliche Einwendungen rechtzeitig dem Bürgen mitteile.

3. Es gehört endlich dazu die Einwendung, dass der Bürge sich gegen das Verbot des Hauptschuldners verbürgt habe. Wenn auch heute anders als im ALR. (vgl. S. 33) der Regressanspruch wegen dieses Verbots nicht ausgeschlossen ist, so vermindert er sich doch auf den Betrag, um den der

---

[1]) Crome, II. Bd., § 297, S. 885.
[2]) Scherer, S. 1090.
[3]) Rothenberg, S. 382.

Hauptschuldner bereichert worden ist. Diese Einwendung ergiebt sich aus § 684, weil die unbeauftragte Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn erfolgt ist[1]).

Aber nicht nur aus der Verletzung der Diligenzpflicht des Bürgen kann der Hauptschuldner seine Einwendungen herleiten. Er kann auch einwenden, dass ein bestimmtes Rechtsverhältnis vorliege, das dem Bürgen die Regressnahme vollständig oder teilweise verbiete. Hierher gehört der Einwand, dass der Bürge die Bürgschaft übernommen habe, um dem Hauptschuldner ein Geschenk zu machen, dass er mit Mitteln des Hauptschuldners den Gläubiger befriedigt habe, dass er zur Erfüllung dem Hauptschuldner gegenüber verpflichtet gewesen sei, dass er endlich in Wirklichkeit alleiniger Schuldner, nur nach aussen hin, formell, Bürge gewesen sei. Die im römischen Recht im Einzelnen scharf ausgeprägten Gründe des Ausschlusses des Regresses haben also noch heut grosse Bedeutung.

II. Von Einwendungen, die allein gegen den Regress aus eigenem Recht dem Hauptschuldner gegeben sind, ist nur folgende zu erwähnen: Der Hauptschuldner kann geltend machen, er habe die Forderung des Gläubigers bereits getilgt, bevor der Bürge an diesen geleistet habe. Der Bürge habe gewusst oder habe wissen müssen, dass seine Erfüllung nicht mehr nötig gewesen sei. Deshalb sei der Regress ausgeschlossen. Dieser Einwand kann zunächst nur gegen den Rückgriff aus eigenem Recht gerichtet sein, weil die Forderung, nachdem der Hauptschuldner sie einmal getilgt hat, nicht mehr existirt, demgemäss auch nicht bei der nochmaligen Zahlung auf den Bürgen übergehen kann. Er hat ja alsdann nicht den Gläubiger befriedigt, sondern der Hauptschuldner.

Begründet ist dieser Einwand bei dem Regress kraft eigenen Rechts dann, wenn der Bürge vorsätzlich oder fahrlässig die zweite Leistung bewirkt hat. Die Fahrlässigkeit herbeizuführen, wird vorzugsweise geeignet sein sofortige Mitteilung des Hauptschuldners an den Bürgen von seiner Er-

---

[1]) Vgl. Oertmann, Anm. 4 zu § 774, S. 501; a. M. Cosack, Bürgerl. Recht, 1. Bd., § 158, S. 575, Beispiel II.

füllung. Ist aber der Einwand nicht begründet, d. h. ist trotz der zweiten Leistung der Regressanspruch gegeben, z. B. weil dem Bürgen der Wechsel, in dem sich der Hauptschuldner verpflichtet hat, vorgelegt wird, dann hat der Hauptschuldner das Recht, vom Bürgen zu fordern, dass er ihm seinen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gläubiger abtrete.

III. So günstig für den Bürgen Voraussetzungen und Inhalt des Rückgriffs kraft abgeleiteten Rechts sind, so zahlreich sind andrerseits die Umstände, die diese Art des Regresses ausschliessen oder einschränken. Sie lassen sich gruppiren in Schranken des Rückgriffs zu Gunsten des Hauptschuldners und zu Gunsten des Gläubigers.

1. Es ist nur billig, dass dem Hauptschuldner, für den sich, vielleicht ohne sein Wissen für eine zweifelhafte Forderung, ein Dritter verbürgt hat, die Einwendungen erhalten bleiben, die er gegenüber dem Hauptanspruch hatte, auch wenn die Forderung auf den Bürgen übergeht. Alle die rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Thatsachen, die den Anspruch des Gläubigers zu zerstören geeignet waren, und alle die Gegenrechte, die der Hauptschuldner gegen den alten Gläubiger hatte, kann er auch gegenüber dem Regressanspruch des Bürgen geltend machen. Dabei ist die Begrenzung, die der 1. Entwurf[1]) aufgestellt hat, indem er diejenigen Einwendungen nicht übergehen liess, die eine ausschliessliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers hatten, aufgegeben. Beispiele für übergehende Einwendungen sind die Einrede der Aufrechnung, der Einwand, dass die Forderung noch nicht fällig oder bereits verjährt sei, der Einwand des Spiels, der Wette, des Differenzgeschäfts. Freilich, der Bürge hat den Gläubiger befriedigt, ohne die Abwehr seines Anspruches durch Vorbringen dieser Einwendungen, die ja gemäss § 768 auch ihm zustehen, zu versuchen. Vielleicht hat er durchaus nicht fahrlässig gehandelt, vielleicht gar nicht um sie gewusst. Das Gesetz aber kann ihn nicht zum Nachteil des Hauptschuldners schützen. Verbürgte er sich, ohne dass

[1]) § 302.

ein Rechtsverhältnis zu Grunde lag, war er vielleicht gesetzlicher Bürge[1]), so musste er sich vor der Erfüllung erkundigen, ob und welche Einwendungen der Hauptschuldner gegen den Hauptanspruch geltend machen konnte. Liegt der Bürgschaftsübernahme aber ein Rechtsverhältnis zu Grunde, so wird er den Regressanspruch aus diesem Rechtsverhältnis erheben können; denn dann muss ihm der Hauptschuldner nachweisen, dass er vorsätzlich oder fahrlässig die Einwendungen ausser Acht gelassen habe.

Ausser denjenigen Einwendungen, die schon gegen den Gläubiger bestanden, ergeben sich jedoch aus den Bestimmungen über die Uebertragung von Forderungen (§§ 398 ff.) noch folgende:

Der Hauptschuldner kann gemäss § 407 sich darauf berufen, dass er aus Unkenntnis von der Befriedigung und damit von dem Forderungsübergange an den Gläubiger eine Leistung bewirkt habe oder mit ihm ein Rechtsgeschäft in Ansehung der Forderung abgeschlossen habe. Hier kommt es also anders als bei dem Rückgriff, dem ein Rechtsverhältnis zu Grunde liegt, nicht darauf an, ob der Bürge dem Hauptschuldner von seiner Befriedigung Mitteilung gemacht hat, überhaupt ob er die ihm obliegende Sorgfalt beobachtet hat. Hier kommt es vielmehr nur an auf die Kenntnis des Hauptschuldners von der Befriedigung. Auch wenn also z. B. der Brief, in dem der Bürge dem Hauptschuldner Kenntnis von der Erfüllung giebt, verloren gegangen ist, und der Hauptschuldner deshalb seinerseits an den Gläubiger leistet, geht der Rückgriff kraft abgeleiteten Rechts verloren.

Den Regressanspruch aus § 774 kann der Hauptschuldner ferner so lange verweigern, als ihm der Bürge nicht eine Urkunde vorlegt, die die Anerkennung enthält, dass der Uebergang der Forderung kraft Gesetzes erfolgt sei[2]). Als eine solche Urkunde wird regelmässig eine Quittung anzusehen sein, denn diese bescheinigt, dass der Gläubiger befriedigt worden ist.

---

[1]) §§ 571 Abs. 2 und 1271 Abs. 2.

[2]) § 410 und Planck, Anm. 6 zu § 410, S. 196.

Endlich ist hier zu erwähnen eine Einwendung, die der Forderungsübergang dem Hauptschuldner gegen den Regressanspruch mit der actio cessa giebt oder wenigstens modificirt, das ist die Einrede der Verjährung. Diese Einrede ist schon dann gegeben, wenn die Verjährungsfrist noch unter dem Gläubiger zu laufen begonnen hat und nach dem Forderungsübergange auf den Bürgen beendet worden ist. Mantey[1]), scheinbar auch Ebert[2]), begründen diese Behauptung, dass die Verjährung des Regresses aus § 774 nicht mit der Befriedigung beginne, sondern weiter laufe, damit, dass die Einwendungen, die gegen den alten Gläubiger begründet wären, auf den Bürgen übergingen. Aber wenn die Verjährung zur Zeit des Forderungsüberganges noch nicht beendet ist, dann giebt sie noch keine Einwendung, dann kann also auch keine Einwendung weiter bestehen. Der Grund des Weiterlaufens der begonnenen Verjährungsfrist ist vielmehr der: Die Forderung geht über, so wie sie ist, mit allen Eigenschaften, die sie besitzt. Warum sollte die Verjährungsfrist, die der Forderung anhaftet, die ihr Accessorium ist, nicht dem neuen Gläubiger gegenüber ihre Wirksamkeit zeigen und in die ganze Verjährungszeit eingerechnet werden? Es ist ja nicht eine neue Forderung, die der Bürge erwirbt, er erwirbt eine actio, die bereits nata ist, und deren Verjährung, da diese mit der actio nata beginnt, bereits in Lauf gesetzt ist[3]). Somit beginnt überhaupt keine neue Verjährung mit dem Forderungsübergange zu laufen und es braucht auch nicht untersucht zu werden, ob dieselbe kurze Verjährung, die für die Hauptforderung vielleicht besteht, oder die gewöhnliche Verjährung von 30 Jahren von der Befriedigung an läuft.

2. Auch zu Gunsten des Gläubigers ist unter Umständen das Regressrecht des Bürgen ausgeschlossen oder beschränkt.

---

[1]) Mantey, S. 555.

[2]) Ebert, Anm. 2 zu § 774, S. 363 (die Einrede bleibt bestehen).

[3]) A. M. Joseph in Gruchot's Beitr., Bd. 42, S. 7; Förster-Eccius, § 144, Anm. 113; Entsch. in Striethorst's Archiv f. Rechtsf., Bd. 12, S. 211; vgl. Planck, Anm. 2 c zu § 774; Dernburg, Preuss. Privatrecht, § 245, S. 755.

Schon im römischen Recht durfte der Bürge die actio cessa nicht soweit geltend machen, dass das etwa noch dem Gläubiger verbleibende Recht vernichtet oder zurückgesetzt wurde. Im französischen Recht wurde dieser Schutz des Gläubigers erweitert, es galt hier der Grundsatz: nemo subrogat contra se. Man konnte dem Gläubiger nicht zumuten, zu Gunsten des Bürgen ein Recht aufzugeben, sodass Nachteile für ihn daraus sich ergaben. Auch das BGB. hat eine dementsprechende Bestimmung aufgenommen: Der Uebergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden[1]). Die Billigkeit verlangt es, dass, wenn auch heute der Gläubiger selbst die Forderung nicht mehr überträgt, sie vielmehr ipso iure übergeht, dieser keinen Schaden dadurch erleide, denn da er kein Interesse an dem Uebergange hat, dürfen ihn auch keine Nachteile treffen.

Diese Beschränkung des Rechtes des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner, die Kollisionsklausel, greift nicht nur wie im gemeinen Recht dann Platz, wenn der Bürge nur zu einem Teile den Gläubiger befriedigt hat, wenn also die Forderung nur teilweise auf ihn übergeht; sie findet auch dann Anwendung, wenn der Bürge den Gläubiger vollständig befriedigt. Denn auch dann noch kann der Gläubiger benachteiligt werden, z. B. wenn ein Pfand für die übergegangene und eine andere Forderung dem Gläubiger haftet; hier darf er stets den Vorrang beanspruchen, ja überhaupt dem Bürgen die Gewährung der zu seiner Verfügung stehenden Sicherheiten vorenthalten, wenn diese gerade nur seine Forderung decken. Ferner ist die Geltendmachung des Rückgriffsrechts aus abgeleitetem Recht im Konkurse des Hauptschuldners dann verboten, wenn der Bürge den Gläubiger nach der Konkurseröffnung befriedigt hat. Der Gläubiger kann ja gemäss § 68 KO. diejenige Forderung anmelden, die ihm zur Zeit der Konkurseröffnung zusteht. Nun könnte an sich auch der Bürge, der ja seine Regressforderung hat, diese im Konkurse anmelden. Die Folge wäre, dass in demselben Konkurse wegen derselben Forderung zwei Ansprüche geltend gemacht

---

[1]) § 774.

werden, der Hauptanspruch des Gläubigers und der Regressanspruch des Bürgen. Eine solche doppelte Erfüllung einer einzigen Forderung widerspricht aber dem Prinzipe der par condicio creditorum. Aus diesem Hauptprinzip des Konkursrechts folgt, dass einer der beiden Gläubiger zurücktreten muss. Die Kollisionsklausel ergiebt ohne weiteres, dass dies der Bürge sein muss. Nur der Gläubiger darf daher in diesem Falle den Regress nehmen und zwar für die ganze Forderung, auch wenn er teilweise befriedigt worden ist.

Unbedingte Voraussetzung ist jedoch, wie erwähnt, dass nach der Konkurseröffnung die Befriedigung des Gläubigers erfolgt. Erfolgt sie vorher, so kann der Gläubiger nur denjenigen Teil der Forderung geltend machen, der ihm augenblicklich noch zusteht, weil § 68 KO. nicht Anwendung findet. Den andern Teil kann der Bürge, der vor der Konkurseröffnung den Gläubiger befriedigt hat, als Regressanspruch anmelden. Es ist deshalb nicht recht ersichtlich, weshalb Dernburg[1]) in diesem Falle die Zulässigkeit des Regressanspruches für zweifelhaft erklärt. Der geringe Betrag des Unterschiedes der Konkursdividende, der durch die Teilnahme eines neuen Gläubigers entsteht, kann doch nicht als Nachteil im Sinne des § 774 angesehen werden.

Die Kollisionsklausel hat nur Bedeutung bei dem Rückgriff aus § 774, nicht bei dem auf Grund eines Rechtsverhältnisses erfolgenden, weil sie hier nicht vom Gesetz ausgesprochen ist. Vischer[2]) will sie trotzdem auch hier angewendet wissen, weil der Bürge auch hier dem Gläubiger stets vorzugehen habe. Diese Ansicht ist nur in dieser Allgemeinheit, nicht durchweg, wie Michelsen[3]) glaubt, unrichtig; richtig ist sie vielmehr bei dem Regressanspruche im Konkurse des Hauptschuldners. Ob der Bürge nämlich, wenn er nach der Konkurseröffnung den Gläubiger befriedigt, den eigenen oder den abgeleiteten Regressanspruch geltend macht, hat für den Konkurs dieselbe Wirkung. In beiden Fällen wird

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, 2. Bd., § 289, Anm. 8, S. 955.
[2]) Vischer, S. 47.
[3]) Michelsen, S. 42.

dieselbe Forderung zweimal angemeldet. Da die Konkursmasse nicht darunter leiden darf, und da ferner der Gläubiger in § 68 KO. die Zulässigkeit seines gesamten Anspruchs ausdrücklich zugesichert erhalten hat, muss auch hier der Bürge weichen, sodass hier auch der Mandatsanspruch nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf.

IV. Nicht gerade gegen den Regressanspruch, sondern gegen seine doppelte Geltendmachung kann der Hauptschuldner eine Einwendung richten, wenn der Bürge, der im Besitze beider Arten von Regressansprüchen ist, nach Erfüllung des einen den andern noch geltend macht. Mit Recht bemerkt Schollmeyer[1]), dass der Hauptschuldner durch eine Vereinigung beider Ansprüche in der Hand des Bürgen unter keinen Umständen in die Lage kommen dürfe, zweimal den Regressanspruch zu erfüllen, auch dann nicht, wenn der Bürge den einen cedirt hat, den andern selbst geltend macht. Der Bürge wird deshalb, wenn der Hauptschuldner bereits einen Anspruch erfüllt hat, den andern nur insoweit geltend machen dürfen, als er jenen übersteigt; z. B. wird er den Regressanspruch aus eigenem Recht nach Erfüllung desjenigen aus § 774 nur auf Zinsen, Schäden, Kosten u. s. w. richten können.

Im übrigen jedoch sind die beiden Ansprüche vollständig unabhängig von einander, sodass z. B. bei Verjährung des einen der andre in Kraft bleibt.

V. Es hat sich bei der Untersuchung der beiden Arten Regressansprüche des Bürgen, auf Grund des Rechtsverhältnisses und auf Grund des Forderungsüberganges gezeigt, dass jeder von beiden seine Vorteile für den Bürgen haben kann, dass bald dieser, bald jener ihm mehr Recht gewährt. Er wird deshalb gut daran thun, wenn ihm beide Regressansprüche zustehen, stets beide gleichzeitig zu erheben[2]).

---

[1]) Schollmeyer, der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers, S. 64.

[2]) Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht, 2. Bd., 2. Abt., § 289, S. 357.

Zweiter Teil.

Das Recht des Bürgen auf Befreiung.

§ 11. Der Befreiungsanspruch im Allgemeinen.

Regelmässig kann ein Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner erst erhoben werden, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt hat. Erst wenn der Bürge einen Vermögensschaden gehabt, kann er Ersatz dafür vom Hauptschuldner fordern.

Ob schon vorher der Bürge einen Anspruch gegen den Hauptschuldner hat, ob er von ihm verlangen kann, er solle seine Freilassung aus der Bürgschaftshaftung herbeiführen, das hängt von den Vereinbarungen ab, die sie vor der Bürgschaftsübernahme getroffen haben. Ist darüber keine Bestimmung getroffen worden, so besteht dieser Anspruch nicht. Das folgt aus dem Rechtsverhältnis, das Bürgen und Hauptschuldner verbindet, und das ersteren verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Wie kann der Bürge, bevor er diese Verpflichtung, die er dem Hauptschuldner gegenüber übernommen hat, erfüllt hat, diese ohne weiteres von sich abwälzen? Wie kann er verlangen, dass der Hauptschuldner Schritte unternehme, um ihn von dem Gläubiger zu befreien oder ihn sicher zu stellen, da doch er selbst freiwillig die Befriedigung des Gläubigers auf sich genommen hat? Nur wenn der Bürge durch vorherige Verabredung sich dieses Recht gewahrt hat, dann kann er den Hauptschuldner dazu zwingen. Diese Verabredung kann natürlich auch stillschweigend erfolgt sein. Dann muss aber der Vertrag, regelmässig der Auftrag, Anhaltspunkte bieten, aus denen sich eine Verabredung schliessen lässt.

Die Grundlage dieser Ausführung ist allerdings die Annahme, dass in dem Auftrag zur Bürgschaftsübernahme, den

der Bürge vom Hauptschuldner erhält, gleichzeitig der Auftrag zur Erfüllung der mit der Bürgschaft übernommenen Schuld enthalten ist.

Diese Ansicht, dass der Auftrag zur Bürgschaftsübernahme den Auftrag zur Erfüllung in sich schliesse, vertreten Contius[1]), Hasenbalg[2]) und die Motive[3]).

Zu dem entgegengesetzten Ergebnis, nämlich dahin, dass der Bürge stets Befreiung verlangen könne, kommt man, wenn man wie Girtanner[4]), Rothenberg[5]) und Herms[6]) annimmt, dass der Auftrag, der der Bürgschaftsübernahme vorhergeht, sich nur auf die Verbürgung, nicht auch auf die Erfüllung durch den Bürgen beziehe; denn dann ist der Bürge gar nicht zur Erfüllung verpflichtet, kann also vor der Befriedigung die Befreiung aus der Bürgschaftshaftung jederzeit vom Hauptschuldner fordern.

Rothenberg folgert seine Annahme aus Zweck und Inhalt des Vertrages. Zweck des Vertrages sei der, dem Schuldner durch Zuziehung eines Bürgen Kredit beim Gläubiger zu verschaffen. Sei der Kredit gewährt, so sei der Zweck der Verbürgung im Verhältnis von Bürgen und Hauptschuldner erreicht, und der Bürge könne nun Freilassung aus dem Schuldverhältnis vom Hauptschuldner fordern. Das sei das Natürliche, nur ein Accidentale des Vertrages sei es, wenn der Bürge im Vertrage auch Erfüllung der Verbindlichkeit übernähme. Wäre es anders, dann könnte der Bürge nie Regress für Verzugszinsen nehmen, weil er die Erfüllung nicht hätte verzögern dürfen.

Nun ist es zwar möglich, dass der Hauptschuldner dem Bürgen, der sich vorher nicht zur Annahme der Bürgschaft hat bewegen lassen, versichert, er werde es gar nicht bis zur

---

[1]) Contius, Schol. h. zu l. 10 C. 4, 35, tom. IV, S. 841 (Paris): Item, qui mandatum accepit de fidejubendo, videtur accipere et de solvendo.

[2]) Hasenbalg, S. 695.

[3]) Motive II, S. 673.

[4]) Girtanner, S. 529.

[5]) Rothenberg, S. 364.

[6]) Herms, S. 59.

Klage des Gläubigers gegen ihn kommen lassen, der Bürge laufe also durchaus keine Gefahr. Aber mit welchem Recht stellt Rothenberg das als Regel auf? 'Das Regelmässige wird doch sein, dass, wenn der Hauptschuldner den Dritten bittet, die Bürgschaft zu übernehmen, als selbstverständlich angenommen wird, dass der Bürge auch den Gläubiger befriedigen solle. Warum sollen die Parteien, da sie doch genau wissen, dass der Gläubiger sich auch an den Bürgen halten kann, diese Folge der Bürgschaftsübernahme, also des äusseren Vorganges, in ihrem Vertrage, der im Gegensatz dazu der innere Vorgang ist, ausschliessen? Das wollte auch nur Hasenbalg[1]) mit der Heranziehung des Bürgschaftserfolges beweisen, nicht hat er, wie Rothenberg[2]) ihm zum Vorwurfe macht, Auftrags- und Bürgschaftsverhältnis verwechselt.

Was endlich den letzten Einwand Rothenberg's angeht, Verzugszinsen könnten bei Annahme unserer Ansicht nicht gefordert werden, weil ja der Bürge sofort, ohne Zögern, die Bürgschaftsforderung erfüllen müsste, so wäre dieser Einwand nur stichhaltig, wenn Verzugszinsen nur die Folge von schuldhaftem Handeln bezw. Unterlassen wären; denn dann könnten wir dem Bürgen keinen Regressanspruch für diese Verzugszinsen geben, weil er ihre Zahlung selbst verschuldet hätte. Da jedoch bei Gattungsschulden, also vor allem bei Geldschulden gemäss § 279 der Verzug ohne Verschulden eintritt, so wird der Bürge auch bei zufälligem Verlust, etwa bei Diebstahl des Geldes, mit dem er erfüllen wollte, in Verzug geraten und Verzugszinsen dem Gläubiger zahlen müssen. Und es ist nicht einzusehen, warum man dem Bürgen einen Ersatz dafür verweigern wollte, auch wenn er dem Hauptschuldner Erfüllung versprochen hat. Die Verzugszinsen gehören eben in diesem Falle zu den Aufwendungen, die er zwecks Erfüllung des Auftrages gemacht hat. Ebenso wäre es, wenn er absichtlich, aber aus gerechten Gründen, z. B. weil er die Forderung nicht für begründet hält, die Erfüllung an den

---

[1]) Hasenbalg, S. 695.
[2]) Rothenberg, S. 364.

Gläubiger hinausgeschoben hat. Auch dann hat er Ersatz für etwa gezahlte Verzugszinsen zu beanspruchen.

Es ist denn auch in allen für uns in Betracht kommenden Rechten die richtige Ansicht zur Herrschaft gelangt. Nur in einigen bestimmten Fällen, in denen man aus Billigkeitsrücksichten nicht vom Bürgen fordern kann, dass er für den Hauptschuldner erfülle, ist ihm ein Befreiungsanspruch gegeben. Die Versuche der Gegner, z. B. Girtanner's[1]), diesen Widerspruch mit ihrer Ansicht zu vereinen, sind gezwungen.

So ist denn nur in gewissen Fällen, — wann, ist nach den verschiedenen Rechten verschieden, — der Hauptschuldner auf Verlangen des Bürgen verpflichtet, für eine Befreiung von der Bürgschaftsverbindlichkeit zu sorgen.

Ebensowenig wie Befreiung aber kann der Bürge einen Anspruch auf Vorschussleistung der Kosten, der ihm als Beauftragten gemäss § 669 zustände, geltend machen. Als argumentum e contrario ist aus § 775 zu entnehmen, dass dieses Recht, das ja praktisch sehr nahe mit dem Befreiungsanspruch verwandt ist, auch nicht in den dort bestimmten Fällen dem Bürgen zuzubilligen ist, weil ihm eben allein der Befreiungsanspruch gegeben ist.

§ 12. Der Befreiungsanspruch nach früheren Rechten.

I. Schon die Römer erkannten, dass unter Umständen dem Bürgen ein Recht gegeben werden müsse, von dem Hauptschuldner die Befreiung von der bürgschaftlichen Haftung zu erlangen. Denn wenn der Schuldner in schlechte Vermögensverhältnisse geriet, so konnte der Bürge vom Gläubiger doch nicht seine Freilassung aus der Haftung erwirken; denn jetzt erfüllte die Verbürgung erst ihren Zweck für den Gläubiger. Deshalb musste der Hauptschuldner, dem er sich gefällig erwiesen hatte, alles thun, um die Entlassung des Bürgen aus dem Schuldverhältnis herbeizuführen. Daher wurde in der l. 98 § 1 D. mand. v. c. 17, 1 bestimmt: nec tamen semper exspectandum est, ut solvat aut judicio accepto con-

[1]) Girtanner, S. 530.

demnetur, si diu in solutione reus cessabit aut certe bona sua dissipabit, praesertim si domi pecuniam fidejussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione reum conveniat.

Wenn also der Hauptschuldner nach Fälligkeit der Schuld die Erfüllung längere Zeit hinzieht oder wenn er sein Vermögen zu verschwenden beginnt oder wenn der Bürge bereits verurteilt ist, dann braucht der beauftragte Bürge nicht mit dem Regress zu warten, bis er erfüllt hat; er kann ohne weiteres — ohne Einverständnis des Gläubigers, wie Cujacius[1]) hinzusetzt —, die Summe von dem Hauptschuldner verlangen, die er voraussichtlich an den Gläubiger wird zu zahlen haben. Wann der Bürge nach dieser Vorschrift den vorzeitigen Regress nehmen konnte, wann eine zu grosse Verschleppung der Erfüllung anzunehmen war, darüber entschied richterliches Ermessen. Eine feste Abgrenzung dieser Frist auf 10 Jahre, die Donellus[2]) aufstellt, ist willkürlich und unzweckmässig Der vierte Befreiungsgrund, der in die Stelle aufgenommen ist, eine besondere Vereinbarung, erscheint uns selbstverständlich. Auch die Bestimmung in l. 45 § 2 D. eod., dass man bei Aufgabe einer Geschäftsführung für einen Andern auch Befreiung der bei dieser Gelegenheit übernommenen Bürgschaften fordern könne, bildet keine Besonderheit; denn auch hier ist, wenigstens stillschweigend, Befreiung bei Uebernahme der Geschäftsbesorgung vereinbart.

2. Eine eigentümliche Art des Befreiungsrechts, schon deshalb eigentümlich, weil es nicht nur in den bestimmten Fällen, sondern immer gegeben ist, zeigt sich in dem Falle, wenn der Hauptschuldner die Möglichkeit hat, sich wegen Minderjährigkeit in integrum restituiren zu lassen. Erbat und erlangte er nämlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, so war auch der Bürge befreit. Weil der Bürge aber eine nicht zu Recht bestehende Forderung nicht zu erfüllen brauchte, weil ferner der Hauptschuldner allein es in der Hand hatte, diese Forderung zu vernichten, so konnte der Bürge

---

[1]) Cujacius, tom. VI, S. 612.

[2]) Donellus, lib. 13, cap. 13, tom. III, S. 890, IX; vgl. dazu Sintenius, § 129, Anm. 74, S. 847.

von letzterem fordern, dass er ihm den Anspruch auf Restitution abtrete[1]). Dieses Recht auf Restitution will Hasenbalg[2]) ohne Grund nur dem Mandator, nicht aber dem negotiorum gestor zubilligen. Die Stelle weiss von einer solchen Beschränkung nichts[3]).

II. Auch im germanischen Recht scheint wenigstens die Sitte bestanden zu haben, bei zu langer Verzögerung der Erfüllung durch den Hauptschuldner einen Anspruch auf Befreiung zu geben[4]).

III. Auf der Grundlage des römischen Rechts wurde der Liberationsanspruch im gemeinen Recht weiter ausgebildet Vielfach[5]) wurde behauptet, die in den römischen Quellenstellen angegebenen Befreiungsgründe seien nur Beispiele für die allgemeine Regel, dass in jedem Falle vorzeitiger Regress genommen werden könnte, wenn es der Billigkeit entspräche. Es wurden Beispiele dafür aufgestellt, z. B. von Donellus[6]) Todfeindschaft (inimicitiae capitales) zwischen Bürgen und Hauptschuldner, von Andern der Fall, dass der Hauptschuldner verreisen oder „ad studium ire“ wollte. Solcher Beispiele wurden von Hering[7]) allein siebzehn angeführt.

Es wurde ferner im gemeinen Recht der Befreiungsanspruch dadurch erweitert, dass der Grund si diu cessabit in solutione umgewandelt wurde zu der Bedingung si diu stetit in obligatione, also von schuldhafter zu thatsächlicher Verschleppung der Erfüllung[8]).

Die hauptsächlichste Weiterbildung aber erfuhr der Anspruch dadurch, dass der in l. 38 D. mand. v. c. 17, 1 gegebene Befreiungsanspruch von dem Falle des Mandats auf alle Fälle der Bürgschaftsübernahme ausgedehnt wurde.

---

[1]) Vgl. l. 24 pr. D. de min. 4, 4.
[2]) Hasenbalg, S. 368.
[3]) Geib, S. 139.
[4]) Platner, S. 170.
[5]) S. die bei Girtanner, S. 220, Citirten und Girtanner selbst, S. 531.
[6]) Donellus, lib. 13, cap. 13, tom. III, S. 890.
[7]) Hering, Cap. 25, No. 12—31, S. 542/43.
[8]) Seuffert's Archiv, Bd. 45, No. 249, S. 416.

Einzelne nur, z. B. Baldus[1]), beschränkten ihn auf mandatum und negotiorum gestio.

In der Gerichtspraxis des gemeinen Rechts ist der vorzeitige Regressanspruch auf Grund der Quellen vollständig anerkannt[2]).

Auch in das kanonische Recht fand er Eingang, und die gleichen Befreiungsgründe wie im römischen Rechte gelten auch hier[3]).

IV. Aehnliche Befreiungsgründe finden sich in den neueren Kodifikationen wieder, so im Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch § 1365, namentlich auch im code civil Art. 2032 Abs. 2 und 3. Abweichend vom römischen Recht kennt der code civil noch eine bestimmte gesetzliche Zahlungsfrist als Befreiungsgrund. Art. 2032 Abs. 5 setzt ausserdem die Verschleppungsfrist der Erfüllung auf 10 Jahre fest. — Das Schweizerische Obligationenrecht giebt überhaupt nur einen Anspruch auf Sicherheitsleistung in Art. 511.

Das ALR. hat einige eigentümliche Befreiungsgründe in Teil 1, Tit. 14, § 356 ff. Ausser den römischen Befreiungsgründen mit Ausnahme desjenigen der Verurteilung, den es nicht kennt, stellt es folgende auf:

Verlassen der preussischen Lande, Ablauf der festgesetzten Zahlungsfrist und Kündigung nach Ablauf eines Jahres mit einjähriger Kündigungsfrist. Letzterer Grund gilt nur bei unentgeltlicher Verbürgung für fortwährende Verbindlichkeiten.

Die preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 verbot jedoch in § 86 die Anmeldung des vorzeitigen Regressanspruches im Konkurse des Hauptschuldners.

§ 13. Der Befreiungsanspruch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Auch hier, bei dem zweiten der dem Bürgen gegen den Hauptschuldner zustehenden Rechte, dem Recht auf

---

[1]) Baldus, Postglosse zu l. 10, C. 4, 35 nach dem Zeugnis von Girtanner, S. 219.

[2]) Seuffert's Archiv, Bd. 31, No 133, S. 173.

[3]) Cap. V, X, 3, 22: si diu cessavit aut dissipare bona sua coepit, seu condemnatus fuisti.

Befreiung, lehnt sich das BGB. eng an die geschichtliche Entwickelung an[1]).

Das BGB. giebt dem Bürgen, der zur Bürgschaftsübernahme beauftragt worden ist oder dessen Bürgschaftsübernahme dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Hauptschuldners entspricht, ein Recht auf Befreiung unter vier Voraussetzungen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

In diesen Befreiungsgründen zeigt sich trotz der unverkennbaren Anlehnung an die früheren Rechte doch einige Abweichung von ihnen. Im Gegensatz zum gemeinen Recht braucht die Vermögensverminderung keine Vermögensverschwendung zu sein. Andererseits muss, anders wie im gemeinen, ebenso wie im römischen Recht Verzug beim Schuldner vorliegen, nicht genügt unverschuldetes Hinausschieben der Leistung. Mit Recht ist ferner die Vorschrift des ALR., wonach Verlassen der preussischen Lande ein Befreiungsgrund ist, dahin verallgemeinert, dass selbst eine Aufenthaltsänderung ein Grund sein kann, die Befreiung zu verlangen. Allerdings genügt nicht jede Aenderung, es muss vielmehr die Rechtsverfolgung dadurch wesentlich erschwert sein. Das wird sie regelmässig bei Verlegung des Wohnsitzes oder des Aufenthaltes, auch wenn der Wohnsitz bestehen bleibt, in einen ausserdeutschen Staat sein[2]). Mit Recht hat

---

[1]) Motive, Bd. 2, S. 677.

[2]) Vgl. Oertmann, Anm. 2 zu § 775 und Entscheid. des RG. in Civilsachen, Bd. 6, No. 40. S. 156.

das BGB. endlich die schon in der früheren gemeinrechtlichen Wissenschaft angeregte Ausdehnung der Befreiungsklage vom Mandat auf die unbeauftragte Geschäftsführung angenommen. Nicht jedoch, ebenfalls vollständig berechtigt, hat es wie Windscheid[1]) für das gemeine Recht annahm und wie das ALR. I, 14 § 356 und code civil Art. 2032 es bestimmten, für jeden, auch in keinem Rechtsverhältnis zum Hauptschuldner stehenden Bürgen den Liberationsanspruch eingeführt. Es wäre eine starke Unbilligkeit, vom Hauptschuldner zu verlangen, dass er für Befreiung des Bürgen Sorge trage, während er vielleicht die Bürgschaftsübernahme verboten hat.

Es fragt sich jedoch, ob die Vorschrift des § 775 auch auf die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge Anwendung finde. Dafür spricht, dass auch hier Billigkeitsrücksichten auf den Bürgen zu nehmen sind und dass die sonstigen Vorschriften über Auftrag auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge Anwendung finden[2]). Dagegen spricht, dass der Bürge, der eine Vergütung für die Uebernahme der Bürgschaft erhält, damit eine Gegenleistung erhalten hat und für die Gefahr der Haftung gedeckt ist, auch wenn die Aussicht auf Rückerstattung unsicher ist. Aus dem letzteren Grunde und aus dem ferneren Grunde, weil die kasuistische Fassung des § 775 eine extensive Interpretation nicht zulässt, vielmehr zu einem argumentum e contrario hinführt, ist der Befreiungsanspruch nur auf unentgeltliche Geschäftsbesorgung zu beschränken[3].)

Auch der selbstschuldnerische Bürge, der nach aussen, dem Gläubiger gegenüber, weit strenger, als der gewöhnliche Bürge haftet, soll in seinem Verhältnis zum Hauptschuldner doch die Vergünstigung des § 775, das Befreiungsrecht, erhalten. Er darf also gleichfalls den vorzeitigen Regress-

---

[1]) Windscheid-Kipp, § 480, Anm. 3, S. 1033.

[2]) § 675.

[3]) A. M. Staub, Kommentar z. HGB., Anm. 35 zu § 349, S. 1076, und Ebert, Anm. 2 zu § 775.

anspruch erheben; denn seine schärfere Haftung und ungünstigere Stellung besteht eben nur nach aussen hin[1].)

Die einzelnen Befreiungsgründe sind klar und scharf formulirt, sie bedürfen nur weniger Erläuterung.

1. Ob zur Vermögensverminderung auch der Fall zu rechnen ist, dass für den Bürgen in Ansehung des Regressanspruches eine Kautionshypothek bestellt ist, und das Grundstück, auf dem die Hypothek ruht, an Wert verliert, kann fraglich sein. Vom Reichsgericht[2]) wurde die Frage für das gemeine Recht unbedingt bejaht. Scherer[3]) hält noch heute in diesem Falle einen Befreiungsanspruch für gegeben. Aus § 775 No. 1 aber ist eine derartige Annahme, wenigstens nicht unbedingt, zu folgern; denn die Wertverringerung eines Grundstücks wird doch nicht stets eine wesentliche Vermögensverschlechterung für den Eigentümer bedeuten.

2. Der dritte Befreiungsgrund könnte dadurch illusorisch gemacht werden, dass der Gläubiger dem Hauptschuldner immer neue Erfüllungsfristen setzte, sodass letzterer nie in Verzug mit der Hauptverbindlichkeit käme. Deshalb kann man zu Gunsten des Bürgen annehmen, dass der Gläubiger dem Hauptschuldner keine neuen Fristen setzen darf, dass vielmehr für die Fälligkeit der Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme entscheidend sei[4]), dass aber, wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner solche Fristen ohne oder gegen den Willen des Bürgen setzt, der Bürge mit dem Zeitpunkt der ersten Fälligkeit ohne Rücksicht auf Verzug den Befreiungsanspruch erheben kann.

II. Die Geltendmachung des Befreiungsanspruches erfolgt durch Klage mit dem Antrage: den Beklagten zu verurteilen, eine Befreiung des Bürgen von der Bürgschaftshaftung herbeizuführen. Diese Befreiung kann der Hauptschuldner auch noch nach Ergehen des Urteils auf verschiedene Weise herbei-

[1]) Entsch. des RG. in Civilsachen, Bd. 8, No. 66, S. 662; Motive II, S. 677.

[2]) Entscheid. bei Gruchot, Bd. 34, S 990.

[3]) Scherer, S. 1114/5.

[4]) Vgl. Scherer, Anm. 5 zu § 775, S. 1114.

führen. Er braucht also nicht dem Gläubiger die Schuld zu erfüllen, er kann ihn auch veranlassen, den Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis zu entlassen oder auf den Anspruch vollständig zu verzichten.

Vollstreckt aber wird das Urteil, das über den Befreiungsanspruch ergeht, nur in folgender Form:

Es wird der Bürge vom Prozessgericht erster Instanz ermächtigt, auf Kosten des Hauptschuldners den Gläubiger zu befriedigen. Zugleich wird der Hauptschuldner auf Antrag verurteilt, die dazu nötigen Kosten vorauszuzahlen. In der Zwangsvollstreckung läuft also der Befreiungsanspruch auf eine vorzeitige Regressnahme hinaus, auf eine Erfüllung an den Bürgen anstatt an den Gläubiger.

Eine andere Art der Vollstreckung hält neben der angegebenen Scherer[1]) für möglich. Dadurch, dass er die Befreiung als nicht fungible Handlung auffasst, als Handlung, die nicht durch einen Dritten vorgenommen werden kann, kommt er zu dem Schlusse, dass auch gemäss § 888 CPO. durch Androhungen von Strafen der Befreiungsanspruch vollstreckt werden könne. Aber es ist nicht einzusehen, warum die Befreiung, die ja leicht dadurch herbeigeführt werden kann, dass der Gläubiger befriedigt wird, nur durch den Hauptschuldner und nicht ebensogut durch einen beliebigen Dritten erfolgen kann. Der Gläubiger ist ja gemäss § 267 verpflichtet, die Leistung auch von einem Dritten anzunehmen. Mit Recht haben deshalb Wilmowski-Levi[2]) und das Reichsgericht[3]) die Vollstreckung nur nach § 887 CPO. zugelassen.

Es bleibt natürlich dem Bürgen unbenommen, Leistung des Interesses gemäss § 893 CPO. zu fordern, wenn das bürgerliche Recht es ihm gestattet, z. B. bei Verzug des Hauptschuldners ihm gegenüber.

Ein besonderer Fall, der zum Wegfall des Befreiungsanspruches führt, ist der, das der Bürge seinen Regressan-

[1]) Scherer, Anm. 3 zu § 775, S. 1113.
[2]) Wilmowski-Levi, Anm. 2 zu § 773, S. 1112.
[3]) Entscheid. des RG. in Civilsachen, Bd. 18, No. 102, S. 435.

spruch, bevor er gezahlt hat, im Konkurse des Hauptschuldners anmeldet. Wenn der Hauptschuldner in Konkurs gerät, dann könnte an sich der Bürge seinen Befreiungsanspruch gemäss § 69 KO. nach seinem Schätzungswerte geltend machen und anmelden. Er meldet nun z. B., weil die Forderung des Gläubigers auf 1000 geht, 1000 an. Wenn nun der Gläubiger eben diese 1000 anmeldet, was ihm ohne Zweifel zusteht, so würde auf dieselbe Forderung zweimal die Konkursdividende gezahlt werden müssen. Dies ist aus den oben S. 58 angegebenen Gründen nicht angängig. Der Bürge oder der Gläubiger muss deshalb zurücktreten. Da das Recht des Gläubigers ein unbedingtes, bereits fest begründetes ist, das des Hauptschuldners nur als ein von seiner Erfüllung abhängiges Recht sich darstellt, so geht das erstere vor, und der Bürge muss zu Gunsten des Gläubigers zurücktreten[1]). Immerhin wird man, da es nicht sicher ist, dass der Gläubiger sich am Konkurse beteiligt, den Befreiungsanspruch als bedingten Anspruch im Konkurse zulassen können. Befriedigt wird der Anspruch jedoch erst, wenn bis zur Schlussverteilung der Gläubiger sich nicht meldet[2]).

Das Recht des Bürgen auf Befreiung ändert sich, wenn die Forderung, für die er sich verbürgt hat, noch nicht fällig ist. Zwar kann er nicht etwas Anderes, etwa Sicherheitsleistung, in diesem Falle fordern, wie Crome[3]) annimmt und wie der erste Entwurf[4]) es bestimmte. Vielmehr hat der Hauptschuldner ein Recht, die Verpflichtung zu der Befreiung durch eine andere Leistung abzulösen. Weil er auch dem Gläubiger nicht vor Fälligkeit zu leisten braucht, kann der Bürge dies nicht von ihm fordern; er braucht daher nur Sicherheit zu leisten.

Diese Sicherheit braucht nur eine solche Höhe zu erreichen, dass sie bei Inanspruchnahme des Bürgen durch den

---

[1]) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht, 2. Bd. S. 316, Anm. 10.

[2]) A. M. Entscheid. des RG. in Civilsachen, Bd. 9, No. 14, S. 77; vgl. Motive zum Entwurf einer KO. S. 283 (Hahn, Bd. 4, S. 263).

[3]) Crome, II. Bd., § 297, S. 886.

[4]) § 677.

Gläubiger dessen Ansprüche deckt, nicht braucht sie sich auf Kosten und sonstige Schäden zu erstrecken, die der Bürge selbst infolge der Erfüllung voraussichtlich erleiden wird[1]), denn die Sicherheit ist ein Surrogat der Erfüllung des Befreiungsanspruches. Dieser aber kann, wenn er in Geld umgesetzt wird, nur bis zum Betrage der Hauptforderung mit ihren Accessorien, Zinsen, Vertragsstrafen u. s. w. gehen.

[1]) Vgl. Protokolle, 2. Lesung, herausg. von Achilles u. A., Bd. 2, S. 480

Lebenslauf.

Ich, Kurt Roth, bin geboren zu Goczalkowitz am 23. Januar 1881, als Sohn des Rentiers Louis Roth, besuchte die Volksschule und das Gymnasium zu Pless und studierte von Ostern 1899 bis Ostern 1902 in Breslau und Berlin die Rechts- und Staatswissenschaften. Ich hörte die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Privatdocenten:

Brie, Brunner, Dahn, Dernburg, Fischer, Gierke, Gretener, Hübler, Jakobi, Jörs, Kohler, v. Liszt, Leonhard, Preuss, Schollmeyer, Wagner, Wolff,

denen allen hier mein Dank ausgesprochen sei.

Am 9. Juni 1902 bestand ich die erste juristische Prüfung, am 2. August 1902 die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 11. Juli 1902 bin ich in Lähn im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.